Der Einfluss der römischen Vollstreckungsanfechtung auf das materielle und executivische Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Georg Pulvermacher
Referendar.

Breslau 1911.
Druck von Wilh. Gottl. Korn.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Herr Geheimrat **Fischer.**
Korreferent: Herr Professor **Schott.**

Ihrer Hochwohlgeboren

Frau Henriette Freifrau von Stechow

zugeeignet

als Zeichen der Dankbarkeit und Ehrerbietung.

Inhalt.

Teil I. Legisaktionenverfahren.

Kapitel I. Personalexecution.

Abschnitt I. Ausführung der Personalexecution. Seite

§ 1: 1. Das Verfahren der legisactio per manus iniectionem . 1
2. Die Titel der legisactio per manus iniectionem . . . 4
§ 2: a) Geldurteil 4
§ 3: b) confessio 6
§ 4: c) damnatio 8
§ 5: d) nexum 10
§ 6: e) Die ex lege vollstreckbaren Obligationen . . . 13
§ 7: 3. Wesen der Judikatsobligation 15

Abschnitt II. Verteidigung gegen die Personalexecution.

1. Das Depulsionsverfahren.
§ 8: a) Die Tätigkeit des vindex 15
§ 9: b) Die Gründe der Einwendungen zum Schutze des Schuldners 16
§ 10: c) Die Ansichten über den Zielpunkt der Einwendungen, d. h. über das im Vindexprozeß geltend gemachte Recht 17
d) Unsere Ansicht über das Wesen
§ 11: α) der depulsio 19
§ 12: β) des im Vindexprozeß geltend gemachten Rechts 20
§ 13: e) Besonderheiten der legisactio p. m. i. pro iudicato und pura 21
§ 14: 2. Die legisactio p. m. i. als Rück- und Gegen-Klage . . 22
§ 15: **Kapitel II. Realexecution** 22

Teil II. Formularverfahren.

Kapitel I. Personalexecution.

§ 16: 1. Wirkung der Aebutischen Prozeßreform 24
2. actio iudicati.
§ 17: a) Die actio iudicati als Executionsmittel 25
§ 18: b) Wesen und Wirkung des infitiari 26
§ 19: c) Die Gründe der Einwendungen im Infitiationsprozeß 27
§ 20: d) Der Zielpunkt der Einwendungen, d. h. das im Infitiationsprozeß geltend gemachte Recht . . . 28
§ 21: 3. revocatio in duplum 30

Kapitel II. Realexecution.

Seite

§ 22: 1. Verfahren und Titel bei der missio in bona 31
§ 23: 2. Die Klagen zur Verteidigung gegen die Realexecution 32

Teil III. Cognitionsverfahren.

Kapitel I. Personalexecution.

§ 24: 1. Wirkungen der kaiserlichen Prozeßreform 34
§ 25: 2. Die actio iudicati als Executionsmittel zu dieser Zeit 35
§ 26: 3. Wesen der infitiatio und des durch actio iudicati (als Prozeßmittel) geltend gemachten Rechts zu dieser Zeit 36
§ 27: 4. Die Ansichten über das geltend gemachte Recht . . 38

§ 28: **Kapitel II. Vollstreckung gegen den contumax.** 40

Teil IV. Anhang:

Das Wesen der sogenannten privilegierten Einreden.

§ 29: 1. Die ratio legis des Instituts 41
§ 30: 2. Die prozessuale Geltendmachung der privilegierten Einwendungen 48

Teil V. Schluss.

§ 31: **Vermutungen** 52

Teil I. Legisaktionenverfahren.

Kapitel I. Personalexecution.

Abschnitt I. Ausführung der Personalexecution.

§ 1. **1) Das Verfahren der legisactio per manus iniectionem.**

Die einfachste und natürlichste Form der Rechtsverfolgung, die Selbsthilfe geschah nach römischem Recht, besonders in Form der manus iniectio. In alter Zeit mag wohl die Selbsthülfe der gewöhnliche Weg der Rechtsrealisierung gewesen sein. Später kam die manus iniectio in dieser Form nur ausnahmsweise vor. Man konnte zwar einen Haussohn, sowie einen Freigelassenen oder Sklaven, der entlaufen war oder dessen Ergreifung man sich unter bestimmten Bedingungen vorbehalten hatte, ohne gerichtliche Mitwirkung ergreifen; einen Freien aber nur, um ihn vor Gericht zu führen.[1])

Einen anderen Charakter nimmt die manus iniectio an, wenn sie in Gegenwart und unter der Kontrolle des Richters vorgenommen wird. Sie wird dadurch eine prozessuale Handlung. Man kann in diesem Fall von einer „solennen Selbsthülfe"[2]) sprechen. Die Kontrolle des Magistrats bestand hauptsächlich darin, daß der sein Recht ausübende vor einem Widerstande des Verpflichteten durch Anwendung tatsächlicher Machtmittel vom Magistrat geschützt wurde. Man muß daher wohl diese Ausübung eines Rechtes unter richterlichem Schutze zum mindesten

[1]) vgl. Zimmern, Gesch. d. r. Priv. R. Bd. III, § 44 N. 1—4; Keller, S. 95.

[2]) vgl. Jhering, Geist. I, S. 151.

aber den bei Ausübung des Rechtes gewährten staatlichen Schutz als eine Zwangsvollstreckung bezeichnen.[1])

Die Form der prozessualen manus iniectio war vor allem die legis actio per manus iniectionem. Die notwendigen Bestandteile dieser actio und der einfachste Fall ihres Verlaufes sind folgendermaßen. Nachdem der Gläubiger und Schuldner vor Gericht — in iure — erschienen[2]) sind, bat der Gläubiger den Prätor um Ermächtigung, die legis actio p. m. i. vorzunehmen.[3]) Alsdann geschah folgendes: qui agebat sic dicebat: „quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quandoc, non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio", et simul aliquam partem corporis eius prehendebat; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.[4]) Aus dem Text geht hervor, daß zwar nicht dem Schuldner die Selbstbefreiung, wohl aber dem Gläubiger die Selbsthilfe „licebat". Ob diese Lizenz des ducere durch Stillschweigen oder durch „addictio" von Seiten des Magistrats gewährt wurde, kann zweifelhaft sein. Für das Schweigen spricht, daß die addictio weder in der von der m. i. handelnden lex 12 tab. III. 1 noch bei Gaius erwähnt wird.[5]) Dafür spricht die häufige Erwähnung der addicti in der ersten Dekade des Livius.[6]) Beachtenswert ist die Stelle Varro, de l. l. 6. 30: „dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem do, dico addico. Itaque non potest agi. Necesse est, aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur."

[1]) vgl. von Bethmann-Hollweg, Civ. Proz. d. Gem. R., I S. 189, 190, 156; Demelius, Confesio, S. 42.

[2]) Das Erscheinen des Schuldners kann bereits außerhalb des Gerichts eine manus iniectio des Gläubigers erfordert haben. Diese hat unsers Erachtens mit der nun in iure vorzunehmenden m. i. nichts zu tun, vgl. Zimmern, § 44, N. 5; Karlowa, R. Civ. Proz., S. 156; Kleineidam, Personalexecution der Zwölftafeln 1904, S. 136; Übersicht bei Wenger, actio iudicati 1901, S. 126, N. 36.

[3]) vgl. Wlassak, Z. S. S. 28, S. 98; Lenel, l. c. 25, S. 404.

[4]) vgl. Gai Inst. IV, § 21.

[5]) So Huschke, Nexum S. 79, N. 97.

[6]) So Bethmann, I, § 53, N. 19.

Daraus scheint hervorzugehen, daß die bloß passive Assistenz des Magistrats bei einer legis actio nicht genügte, daß er vielmehr redend eingreifen mußte zur Ergänzung der Parteihandlung.[1])

Das eben beschriebene Verfahren läßt sich nicht als legis actio im Sinne einer Klageerhebung, sondern wohl als Vollstreckungsverfahren kennzeichnen. Der Prozeß der zwölf Tafeln ist als ein Mittelding zwischen Selbsthilfe und Staatshilfe hingestellt worden[2]). Demelius[3]) lehrt sogar, daß jede legis actio nicht notwendig Einleitung eines Rechts s t r e i t s, sondern einer einseitigen, magistralischer Legalisierung bedürftigen, Rechts p e r s e k u t i o n sei; hierbei k ö n n e es durch Geltendmachung eines Widerspruches zu einem Rechtsstreit kommen.

Nach dieser Lehre ist die legis actio ein einseitiges Exekutionsverfahren, welches durch Widerspruch in einen Rechtsstreit verwandelt werden kann.[4])

In dieser Allgemeinheit scheint die Lehre widerlegt durch Wlassak.[5]) Er führt aus, daß zum Zustandekommen einer legis actio aktive Teilnahme zweier Personen nötig ist. Den Spruch des Klägers muß der Beklagte beantworten: Durch contravindicare negare oder confiteri. Die legis actio ist entweder eine Form der litis contestatio, der Streiterhebung, oder eines prozessualen Vertrages. Das Schweigen, die Untätigkeit, die indefensio des Beklagten kann nicht, wie Demelius[6]) behauptet, als confessio angesehen werden.[7]) Fr. vat. 92 sprechen von „vindicieren w o l l e n" im Falle ausbleibender Defension und lassen eine durch die indefensio bedingte Restitutionspflicht eintreten.[8]) All dies ergibt, daß die legis actiones

[1]) So Wlassak, Z. S. S. 25, 82; Mitteis, Z. S. S. 22, 108, N. 1 und die dort zitierten.

[2]) Mommsen, Z. S. S. 23, 352.

[3]) vgl. Confessio, S. 43.

[4]) vgl. Wlassak, Z. S. S. 25, 146.

[5]) vgl. l. c. S. 145 ff.

[6]) S. 84.

[7]) vgl. die Ausführungen über das Wesen der confessio weiter unten.

[8]) vgl. Wlassak, l. c. 154, N. 1.

nicht Exekutionsverfahren, sondern Mittel der streitigen Gerichtsbarkeit waren, daß zum mindesten in jedem Falle das Verfahren ein zweiseitiges war.

Zutreffend scheint jedoch die Ansicht von Demelius, der namentlich in Frankreich viele Anhänger gefunden hat, für den ältesten modus agendi zu sein: für die legis actio p. m. i.[1]) Diese legis actio ist ein einseitiges Spruchverfahren,[2]) eine legis actio ohne Litiscontestation, ohne Streiterhebung. Es kann jedoch ein Rechtsstreit entstehen und zwar geschieht dies dann, wenn gegen die Zulässigkeit der Exekution rechtswirksam Widerspruch erhoben wird.[3])

2) Die Titel der legisactio per manus iniectionem.

§ 2. a) Geldurteile.

Welches die Titel für die legis actio p. m. i. gewesen sind, ist sehr bestritten. Die lex XII tab. III, 1 berichtet: „aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. post deinde manus iniectio esto".[4]) Unbestritten ist, daß auf Grund von Urteilen die legis actio p. m. i. eintrat. Doch fragt es sich, ob Urteile über Ansprüche jeder Art die Personalexekution begründeten. Hierbei kommt es auf die Auslegung der Worte „aeris confessi rebusque iure iudicati" an.[5]) Zieht man „aeris" allein zu „confessi", so wird man „nach Erlaß eines rechtmäßig ergangenen Urteils" die Personalexekution zulassen. Denn daß „iure", falls dieses Wort echt ist, mehr als „in rechtsverbindlicher Weise" bedeutet, ist wohl kaum nachzuweisen.[6])

[1]) vgl. Wlassak, l. c. S. 148.

[2]) vgl. Bekker, l. c. 25, S. 64.

[3]) vgl. Keller, S. 91; Puchta, I, S. 476.

[4]) So zit. bei Gellius noctes atticae lib. 20,1 § 45 und lib. 15, 13 § 11. Im zweiten Zitat fehlt das Wort iure.

[5]) vgl. Kleineidam, S. 16.

[6]) So Kleineidam. S. 13. Nach Savigny Verm. Schr. II, 433 bedeutet r. iure i.: Urteil im iudicio legitimo. Nach Wenger, S. 107 N. 2: Urteil im Legisactionenprozeß, nach Bethmann I, S. 196: vollständig beendigter Rechtsstreit einschließlich einer evtl. Litisaestimation.

Gegen die Ansicht, daß aus allen Urteilen Personalexekution erfolgte, spricht, daß die Personalexekution wohl nur in Beziehung auf Geldschulden erwähnt wird.[1]) Man wird vielmehr „r. i. i." ebenso wie das passivisch gebrauchte „confessi" als Charakterisierung des Wortes „aeris" auffassen und übersetzen: „des Erzgeldes sowohl des Einbekannten als dessen, welches, wenn die Sachen zu Recht abgeurteilt sind, eintritt, sollen 30 Rechtstage sein".[2]) Für die Auffassung, daß mit „r. i. i." Geldcondemnationen gemeint sind, spricht auch, daß die triginta dies zur Geldbeschaffung gewährt werden.

Nach Savigny trat die Personalexekution nur nach Urteil über Darlehnsschulden ein. Er erwähnt 1., daß die meist der von der Personalexekution handelnden Stellen von Gelddarlehen handelten,[3]) 2. Gellius, XX, 1:[4]) hanc autem fidem maiores nostri .. in negotiorum quoque contractibus sanxerunt: maximeque in pecuniae mutuaticiae usu adque commercio... confessi igitur aeris ac debiti iudicati XXX, dies sunt dati etc." Die Personalexekution sei die Folge der bei Darlehnsgeschäften besonders geschützten fides. 3. die lex rubria.[5]) In Kapitel 21 wird bei pecunia certa credita das „duci iubere" zugelassen. In Kapitel 22 werden bei Klagen „praeter pecuniam certam" gewissen vor dem Municipalmagistrat vorgenommenen Prozeßakten dieselbe Wirkung wie Akten vor dem römischen Magistrat beigelegt werden. Aus der Gegenüberstellung der beiden Fälle ergebe sich, daß der Municipalmagistrat im zweiten Falle das Recht „duci iubere" nicht besitze.

---

[1]) vgl. Livius, VI, 14, XXIII, 14, VIII, 28. vgl. auch Gellius, XX, 1. 42: confessi igitur aeris ac debiti iudicatis XXX, dies sunt dati conquirendae p e c u n i a e causa.

[2]) So Huschke, Nexum, 14, N. 17; ebenso Savigny, V. Sch. II, 403. Kleineidam, S. 16; Karlowa, S. 156, der reisque aeris iudicatis lesen möchte, gibt damit der Stelle den gleichen Inhalt, beanstandet aber Huschkes Übersetzung aus sprachlichen Gründen, S. 154 N. 3.

[3]) vgl. V. Sch. II, S. 406.

[4]) vgl. l. c. S. 40.

[5]) Bruns, fontes, I, S. 100 ff. Sie handelt von der Iurisdiction des Municipalmagistrats in Gallia Cisalpina.

Nun ist es aber sehr wohl möglich, daß die Personalexekution in der Gelliusstelle allgemein als Folge der fides hingestellt wird.[1]) Kapitel 22 1. Rubr. handelt wahrscheinlich gar nicht vom Municipalmagistrat, sondern von der Exekutionsgewalt des römischen Prätors, bezüglich der in der Provinz vorgenommenen Prozeßakte.[2]) Aus diesen Gründen ist die Savignysche Ansicht wohl abzulehnen[3]).

§ 3. b) confessio.

Neben den Iudicat hat unbestritten die confessio über aes Personalexekution zur Folge. Die Ansichten über das Wesen der confessio gehen sehr auseinander. Demelius behauptet, daß die confessio eine Form der indefensio[4]) sei und daß sie Vollstreckbarkeit, nicht aber Rechtskraft bezüglich des materiellen Anspruchs[5]) bewirke. Die indefensio und confessio beziehe sich gar nicht auf die Frage nach dem Bestand des materiellen Rechtes, sondern darauf, ob gegen den rein prozessualen Akt der Rechtspersekution (Exekution) Widerspruch erhoben werde.[6])

Die von Demelius angeführte lex Rubr. Kapitel 21 setzt jedoch indefensio und confessio nur für einen singulären Fall gleich.[7]) Hierbei werden begrifflich non defendere und confiteri geschieden. Die Gleichstellung bezieht sich nur auf die Vollstreckbarkeit, nicht auf die Rechtskraft. Für die Gleichstellung von confessio und indefensio spricht auch nicht, daß zur Zeit des Paulus die confessio voce literis et quocumque modo geschehen konnte (sent. V, 5 a 3). Das Eingeständnis mußte in irgend einer Form kundgegeben werden. Stillschweigen kann jedoch nicht grundsätzlich als Zustimmung betrachtet werden (vgl. Demelius, S. 88). Der Ansicht, daß die confessio Voll-

---

[1]) Kleineidam, S. 18.
[2]) Puchta, I, 553 p.
[3]) vgl. im einzelnen Kleineidam, S. 17 ff.
[4]) vgl. Confessio, S. 84.
[5]) vgl. l. c. S. 94.
[6]) vgl. l. c. S. 80.
[7]) Wlassak, Z. S. S. 25, 150, N. 1.

streckbarkeit, nicht aber Rechtskraft bewirke, steht die Stelle D. 42. 2. 1 zu schroff gegenüber: Confessus pro iudicato est qui quodammodo sua sententia damnatur.

Das Schweigen kann, wie Demelius[1]) selbst hervorhebt, sowohl ein Bestreiten des geltend gemachten Anspruchs als auch die Absicht nicht behandeln zu wollen darstellt. Dieser Unterschied ist dem Paulus nicht entgangen. Wenn er sententia und confessio vergleicht, so liegt das tertium comperationis in dem an Gerichtsstelle erfolgten bindenden Ausspruch über ein materielles Recht. Außerdem enthält damnare den Begriff verpflichten, also gerade ein Merkmal, welches Demelius seiner confessio gleich indefensio absprechen muß. Die confessio sehen wir mithin als eine contestatio, nicht „litis", sondern „concordiae" an. Der Ausspruch des Beklagten hat die Wirkung eines Schiedsspruches.

Nicht als prozessualen Vertrag, sondern als civilrechtliche konstruiert Schloßmann[2]) die confessio, und identifiziert sie mit Nexum. Confiteri übersetzt er wörtlich mit „Zusammensprechen". Ein Geständnis vor Gericht sei aber ein einseitiger Akt. Daher müsse die confessio einem (zivilrechtlichen) Vertrag bedeuten. Der einzige Vertrag über Begründung einer Geldschuld ist aber zur Zeit der Zwölftafeln die Realobligation, das Nexum.

Richtig ist u. E., daß mit dem confiteri eine gemeinschaftliche Aktion zweier Parteien gemeint ist. Das war ja auch gegen Demelius einzuwenden. Das genügt aber nicht, um die confessio aus dem Prozeßrecht ins Zivilrecht zu weisen. Die confessio in iure ist allerdings wohl als Vertrag anzusehen, aber als prozessualer, wie schon gesagt, etwa als contestatio concordiae. Für die prozessuale Natur der confessio spricht auch die Bedeutung von confessio in der späteren Zeit.

Die Ansicht Schloßmanns über die confessio als zivilistisches Geschäft und seine Konjektur: nexique

---

[1]) vgl. S. 88. a. M. Bethmann I, S. 116, N. 1.

[2]) vgl. S. 134 ff.

(statt rebusque) iure iudicatis findet daher, wohl mit Recht keinen Anklang.[1])

§ 4. c) damnatio.

Der manuminicierende Kläger beginnt: quod tu mihi iudicatus (sive d a m n a t u s) es. Welcher Art die damnatio ist, besonders, ob sie Vollstreckungstitel ist, das ist sehr bestritten.

Wenn Festus p. 13 erklärt: „Alias addicere damnare est" so darf man wohl als gemeinsame Bedeutung ansehen: einem Übel namentlich einem Strafübel weihen.[2]) Die Weihe des Schädlings zu einem S t r a fübel, namentlich der pönalen Exekution, diese Verdammung ist u. E. das Charakteristische des damnare.

Danach bedeutet damnare: einen Körper als Buße oder Haftungsobjekt dem Handgriff preisgeben für den Fall, daß einer Pflicht zur Schadenstilgung nicht genügt wird.[3])

Die damnatio traf den, der Schaden gestiftet hatte. Er, der die Gesellschaft negiert hat, wird von ihr negiert. Er ist friedlos und vogelfrei, man darf Hand an ihn legen, ihn sogar töten; zum mindesten darf es der Geschädigte.

Den fur manifestus traf poena capitalis.[4]) Der Inhalt dieser Capitalstrafe bestand darin, daß der Gläubiger dem Diebe das Leben oder die Freiheit nehmen durfte.[5]) Welcher Art die Hörigkeit war, ob der Dieb servus oder adiudicatus wurde, können wir hier dahingestellt sein lassen. Jedenfalls konnte der Geschädigte an dem Schädling Hand anlegen und zwar unter Mitwirkung des addizierenden Magistrats. Die Lösung durch „damnum decidere" ist späteren Rechts.

Als Schädling wird auch der, welcher dolos seine Schulden nicht bezahlt, betrachtet. Besonders verletzt der die fides, der seine Geldschulden nicht einlöst.[6]) Deshalb

---

[1]) vgl. Lenel, Z. S. S. 25, 400; Kleineidam, S. 9.
[2]) vgl. Wlassak, S. 184.
[3]) vgl. Karlowa, S. 156.
[4]) vgl. Gaius, III, 189.
[5]) vgl. Mommsen, l. c. S. 907; Wlassak, Z. S. S. 25, 100, N. 2.
[6]) vgl. Gellius, XX, 1.

ist auch der Geldschuldner, sobald er durch Urteil zum debitor manifestus geworden ist, als Schädling anzusehen.[1]) Die Personalexekution gegen ihn erfolgt nicht, wie heute regelmäßig wegen seiner Zahlungspflicht allein, sondern weil die Nichterfüllung des Urteilsbefehls als ein Verschulden angesehen wird, als ein Delikt.[2]) Den Römern ist die Personalexekution nicht nur Anspruchsverwirklichung, sondern auch Strafe.[3]) Dementsprechend ist der Richterspruch nicht nur Anspruchsentscheidung,[4]) sondern auch Schädlingserklärung: iudicatio und damnatio. Mögen die Römer irgendwelche wenn auch nur formelle Bedenken gehabt haben, für den Spruch des arbiters die Worte iudicatio, iudicatum zu benutzen[5]), soviel erhellt, daß auch durch diesen Spruch der Schuldner zum Schädling gestempelt wurde, zumal der Spruch die besonders geschützte Geldschuld zum Gegenstande hatten.

Aus diesem Grunde erzeugt der Schiedsspruch die legisactio iudicati per manus iniectionem.

Man kann auch die Damnation als Obligationsbegründung ansehen.[6]) Aber es ist eine uralte und daher besonders intensive Obligation.[7])

Die Damnation begründet ein Recht auf Ausübung einer Realgewalt, also ein dingliches Recht. Aus diesem Grunde fassen wir die Damnationsobligation als Realobligation auf und vermuten, daß das in ihr liegende „Faustrecht"[8]) auf dem Wege der „solennen Selbsthilfe", d. h. durch legis actio p. m. i. ausgeübt wurde.[9])

---

[1]) Die Damnation ist also eine Folge des Iudicats. vgl. utique iudicatus condemnatum se esse significat. Gaius, III, § 175.

[2]) vgl. Sohm, Inst. I, S. 334.

[3]) vgl. Sex Cäcilius bei Gellius XX, 1, 47; Wlassak, Z. S. S. 25, 101 N. 2; Karlowa, S. 160.

[4]) Wlassak, l. c. 180, 181.

[5]) vgl. auch Wlassak, l. c. S. 181, 179.

[6]) So Wlassak, S. 177.

[7]) So Girard II, S. 519 ff. anders Wlassak, l. c.

[8]) vgl. Seuffert bei Dynovski: Unzulässigkeit einer Zwangsvollstreckung gegen ausländische Staaten, Gutachten, Berlin 1910. S. 303.

[9]) vgl. Bekker, Z. S. S. 23, S. 21; 30 S. 61.

§ 5. d) nexum.

Bei besonders wichtigen Geschäften war die Begründung des Faustrechts zur Zeit der Legisactionen auch durch Rechtsgeschäft zulässig. Als ein solches Rechtsgeschäft wird uns hauptsächlich das nexum genannt. Dieses erfolgte dadurch, daß von einem Wägemeister, libripens, dem Geldnehmer Geld zugewogen wurde in Gegenwart von 5 testes classici. Dabei sagte der Geldgeber einen feierlichen Spruch zu dem Geldnehmer, der damit endete: dare damnas esto.[1]) Fest steht, daß das nexum ein Gewaltverhältnis des Gläubigers über den Schuldner zur Folge haben konnte.[2]) Fest steht ferner wohl, daß das nexum zur Begründung des mancipium — wörtlich ebenso wie manus iniectio: Handgriff — an körperlichen Sachen geeignet war. Fraglich ist, ob das aus dem nexum eintretende Gewaltverhältnis als Folge der Nichtzahlung einer Geldschuld eintreten konnte, ob das im nexum enthaltene Faustrecht ein dingliches oder executivisches war, und ob die Rechtsverfolgung in Form der legis actio p. m. i. oder in anderer Form erfolgte.

Nach Mitteis (22, S. 102) bezeichnet nexum Haftung, wohl im Sinne von Obligation, und zwar entweder das obligatorische oder das dingliche Schuldverhältnis. Als ersteres sieht Mitteis wohl das Darlehn, als zweites den Kauf an, bei dem infolge der actio auctoritatis eine „dingliche Gebundenheit" entsteht. Aber auch das Darlehnsnexum entbehrt nicht der „dinglichen Gebundenheit". Es ist eine Verpfändung der Person, der Arbeitskraft für die Dauer der Nichtzahlung einer Geldschuld (vgl. S. 118, 121). Der Arbeitsertrag ist hierbei auf die Schuld anzurechnen.

Diese Auffassung des Darlehnsnexum als einer Realobligation wegen Geld ist wohl sehr oft vertreten.[3]) Sie

---

[1]) vgl. hierzu die nexi liberatio bei Gaius III § 174. Ob es dort: quod. damnas sum, oder condemnatus sum ist allerdings streitig. vgl. Mitteis 23, S. 112, Bekker, 24, S. 17.

[2]) vgl. Bekker, 23, S. 20.

[3]) So wohl bei Bekker 23, S. 12, Mommsen, l. c. S. 348, Lenel, l. c. S. 99 — Mitteis erklärt andeutungsweise (25 S. 282) daß der Selbst-

verträgt sich auch sehr gut mit der besten Stelle über die Rechtsnatur des nexum: Varro, de l. l. 7. 105.[1]) Ob die Begründung des Gewaltrechtes immer gleichzeitig mit der Begründung der Geldobligation stattfand, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls erschien in der Regel das nexum als Forderungsrecht, verknüpft mit einem vom Forderungsrechte abhängigen Gewaltrecht. Wäre das nexum eine vom Darlehn völlig unabhängige Begründung eines dinglichen Rechts, so müßte die Aufhebung dieses Rechtes durch remancipatio[2]) oder manumissio erfolgen. Die nexi liberatio erfolgt aber durch die Worte: solvo et libero. Daraus ist wohl zu schließen, daß das nexum in einem debere plus non liber esse besteht.[3]) Am wahrscheinlichsten erscheint uns die Ansicht, daß das nexum eine Kombination von einem dinglichen Rechte und einer Geldobligation gewesen ist.[4]) Praktisch konnte es die Wirkung eines Selbstverkaufes haben, wenn die Schuldtilgung praktisch ausgeschlossen war.[5])

Über die Verfolgung des Rechts aus dem nexum gehen die Ansichten auseinander. Richtig ist, daß das nexum als Vollstreckungstitel bei Gaius nicht erwähnt wird.[6]) Aber diesem Schweigen legt Mitteis selbst keinen Wert bei. Daß jedoch die legis actio p. m. i. ihrer Form

---

verkauf unbedingt nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit erfolgte. Also an Erfüllungsstatt? Wo liegt alsdann der mit dem Worte nexum verbundene Begriff der „Spannung"? In seinem Römischen Privatrecht Bd. I. S. 142 verwirft Mitteis den Begriff der dinglichen Gebundenheit, welchen er in Z. S. S. 22. S. 102 selbst benutzt hat, und sieht im nexum mag es sich um Darlehen oder maucipatio (Gewährleistungspflicht) handeln, ein rein obligatorisches Verhältnis.

Wir können nicht annehmen, daß der Begriff der abstracten Obligation bereits so früh geklärt war. Wir sehen in dem nexum einen sehr alten, unpräzisen Begriff, der sowohl Forderungsrecht wie Zwangsrecht mit umfaßt.

[1]) vgl. auch Mitteis Z. S. S. 22, S. 118.
[2]) vgl. auch Kretschmar, 29, S. 239.
[3]) vgl. auch Kretschmar, 29, S. 260.
[4]) vgl. besonders Kretschmar, 29, S. 258, 279.
[5]) vgl. Kretschmar, 29, S. 265.
[6]) vgl. Mitteis, 22, S. 105 Not. 2 und 3.

nach auf Gerichtsurteile zugeschnitten sei, hängt von der Auslegung des Wortes damnatus ab. Der dinglich Berechtigte hat die Befugnis, sein Recht durch zivilrechtliche m. i., durch Selbsthilfe geltend zu machen.[1]) Die legis actio p. m. i. ist wohl entstanden aus dem Bestreben die Selbsthilfe zu solennisieren und zu kontrollieren.[2]) Wahrscheinlich ist die legis actio p. m. i. der erste Schritt von der Selbsthilfe zur Staatshilfe, der in ältester Zeit allein gegebene Rechtsweg, wie das nexum der älteste und früher ausschließliche Typ der Obligation.[3]) Jedenfalls liegt der Schluß sehr nahe, daß eine Obligation, die wie die Judikatsobligation getilgt wird, nämlich durch nexi liberatio, auch wie diese verfolgt wird, nämlich durch legis actio p. m. i.[4]) Wir haben schließlich heute noch als primitivste Anspruchsverfolgung die m. i. mit anschließender richterlicher Cognition. Vgl. § 230, Abs. 3 BGB.

Dieselben Gründe die für die Verfolgung der Obligation aus dem Darlehnsnexum durch legis actio p. m. i. sprechen, gelten auch für die Obligation des nexum, welches zum Zweck der Mancipation oder zur Begründung eines Damnationslegats von certa pecunia abgeschlossen wurde. Auch die legatio, die ursprünglich wohl in Geld bestand,[5]) und die im Falle der Eviction rückzahlbare Kaufsumme wird wohl durch legis actio p. m. i. beigetrieben worden sein,[6]) dabei mag nötigenfalls eine Aestimation auf Geld vorausgegangen sein.[7])

---

[1]) vgl. Mommsen, 23, S. 351.

[2]) vgl. Mommsen, 23, S. 353.

[3]) So Bekker, 23, S. 12, 21.

[4]) So Bekker, S. 21, Mommsen, 23, 353, Kübler, 25, S. 279. Kretschmar (29, S. 273), will das Injectionsrecht durch legis actio sacramenti in personam verfolgen lassen, nimmt aber m. i. als Folge der regelmäßig beim nexus eintretenden indefensio an. Mitteis (22, S. 124) nimmt rei vindicatio an.

[5]) vgl. Bethmann I, S. 161, Note 27.

[6]) So Huschke, Nexum, S. 177, 222, Bethmann, I, S. 161, Keller, S. 94, Karlowa, S. 153. Anders Mitteis, 22, S. 111 ff. Huschke, Multa S. 393.

[7]) Huschke Nexum. Bethmann, a. a. O.

In allen Fällen in dem der Schuldner als damnatus bezeichnet wird, dürfte eine executivische beitreibbare Realobligation vorliegen, so wohl auch bei der Klage aus der lex aquilia, da diese lex den Ausdruck damnas esto benutzte.[1])

§ 6. e) Die ex lege vollstreckbaren Obligationen.

Kraft Gesetzes war die legis actio p. m. i. bei einzelnen Obligationen zugelassen, deren Nichterfüllung eine besonders schwere Gefährdung von Treu und Glauben darstellte. So war die legis actio p. m. i. (pro iudicato) dem Sponsor für seine Auslagen sowie für das über sein Kopfteil bezahlte gegeben.[2])

§ 7. 3. Wesen der Judikatsobligation.

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ergibt sich uns die folgende Vermutung über das Verhältnis zwischen materiellem Recht und Execution für die älteste Zeit, sowie über das Wesen der Judicatsobligation.

Die älteste Form der Obligation ist die Haftung des Körpers des Schuldners für die Schuld.[3]) Eine Obligation in diesem ältesten Sinne wird durch damnatio und das ihm wesensgleiche nexum herbeigeführt. Die Realisierung geschah zunächst durch Rache und Selbsthilfe, später durch solenne Selbsthilfe. Als einfachstes, rohestes, rachsüchtigstes und deshalb ursprünglichstes Verfahren erscheint uns die legis actio p. m. i. (damnati). Sie war der Schutz der strengen Damnationsverpflichtung, d. h. des Rechtes auf den Körper. Später milderte sich die Strenge der Obligation. Man begann das materielle Recht, die seelische Bindung, von dem Zwangsrecht zu sondern. Die Obligation erhielt ihre ganze Strenge erst dann, nachdem die seelische Bindung des Schuldners erwiesen war, nachdem

---

[1]) So Huschke, Nexum, S. 142. Bethmann I, S. 163, Keller, S. 94. Anders Huschke, Multa S. 399.

[2]) vgl. Gaius IV, § 22.

[3]) vgl. Seuffert, Grünhuts Ztschr. 12, S. 625.

der Schuldner verurteilt worden war. Auf diese Weise entstand die legis actio p. m. i. judicati. Die Gebundenheit des judicatus und des nexus ist dieselbe, wie schon die gemeinsame Befreiungsform verrät. Es ist die körperliche Haftung für eine Schuld. Die Realisierung dieses Faustrechts erfolgt durch Manusinjectionsverfahren. Wir kommen zu dem Ergebnis, daß in der Judikatsobligation ebenso wie in der Nexusobligation eine Verknüpfung von Schuld und Haftung vorliegt.

Zu einer scharfen Scheidung von Anspruch und Zwangsrecht sind die Römer, um dies hier vorwegzunehmen, nie gelangt; auch dann nicht, als an Stelle der legis actio iudicati die wesensgleiche actio iudicati trat. Es dürfte vergeblich sein, für die Judicatsobligation einen einheitlichen Begriff zu suchen. Keineswegs wird das Problem durch das alte römische Schlagwort gelöst:

ante litem contestatam dare debitorem oportere,
post litem contestatam condemnari oportere,
post condemnationem iudicatum facere oportere.

Bei dieser Regel kommt nicht zum Ausdruck, daß neben dem materiellrechtlichen dare oportere ein Verfolgungsrecht, hinzielend auf iudicium accipere besteht,[1]) und daß andererseits neben dem Verfolgungsrecht: condemnari (pati) oportere das materielle Recht vorhanden ist.[2]) Nach dem Erkenntnisse erwähnt die Regel nur das materiellrechtliche iudicatum facere oportere. Hier ist aber u. E. wie im ersten Falle wieder ein Verfolgungsrecht verschwiegen, nämlich die Pflicht, nach 30 Tagen injectam manum accipere.[3]) Diese Pflicht, das neben das iudicatum facere tretenden iudicatum fieri (pati) oportere, könnte man sich als Fortsetzung des condemnari (pati) oportere vorstellen.[4])

---

[1]) vgl. Bekker, Actionen II, S. 176 b).

[2]) vgl. S. 178a) b).

[3]) Die Verletzung dieser Pflicht durch depulsio wird mit der poena dupli bestraft.

[4]) vgl. Buchka, Einfluß des Prozesses, II. S. 211, anders Bekker, S. 179 bei II, c).

Die Zwiespältigkeit der actio iudicati kommt auch in der Literatur zum Ausdruck. Bald wird der Anspruch, bald das Zwangsrecht betont.

Vgl. z. B. Bethmann-Hollweg, II, S. 632.

„. . obligatio iudicati . . . eine vollständige durch Klage und Einrede wirksame Forderung."

Unger, II, S. 677:

„Der Schuldner ist nach der Condemnation verurteilter Schuldner (iudicatus debitor 1. 13. § 4. D. de pign. 20. 1.). Der Verurteilte schuldet aus zwei Rechtsgründen: aber die beiden Ansprüche gehen auf ein und dasselbe, die beiden Obligationen haben denselben Inhalt und Gegenstand."

S. 681: „Die Iudicatsobligatio empfängt . . ihren konkreten Stoff von dem Anspruch, welcher den Gegenstand des Rechtsstreits und des Urteils ausmacht."[1])

Andererseits:

Savigny, System VI, S. 411:

„Indessen hat diese Obligation keinen anderen Stoff als die Execution."

Unger II, S. 686:

„Insofern erscheint der Iudicatsanspruch als ein Anspruch (Recht) auf Execution."

Abschnitt II. Verteidigung gegen die Personalexecution.

1. Das Depulsionsverfahren.

§ 8. a) Die Tätigkeit des vindex.

Über die Verteidigungsmittel des Beklagten geben uns folgende Stellen Auskunft:

1. lex XII tab. 3. 3.: . . . Ni iudicatum facit aut quis endo eo vindicit, secum ducito.

---

[1]) Uns interessiert hier nur die Existenz eines materiellen Iudicatsanspruches, im Gegensatz zum executivischen Recht, nicht aber die Eigenheiten des materiellen Iudicatsanspruchs, insbesondere seine Beziehungen zum ursprünglichen materiellen Anspruch.

2. lex Col. Gen. Juliae 61: . . . Ni vindicem dabit iudicatumve faciet secum ducito.

Die Aufhebung der alten strengen formalen Obligation kann wohl ursprünglich ebenfalls nur durch formale Zahlung erfolgen.[1]) Man wird wohl annehmen dürfen, daß in ältester Zeit nur bezeugte Parteihandlungen vom Staate berücksichtigt werden und daß sie ihm nur durch Bekundung von Seiten der zugezogenen Zeugen bewiesen werden konnten.[2]) Der Beweis des „iudicatum facere" galt also wohl nur dann als erbracht, wenn der Schuldner entweder vor Gericht zahlte,[3]) oder den Beweis früherer Zahlungen durch einen der damals zugezogenen Zeugen erbrachte.

Die Tätigkeit dieses Zeugen bestand wohl darin, daß er als Vindex für den Schuldner aufstand und die Personalpfändung des Gläubigers durch depulsio schalt,[4]) unter Einsetzung seiner eigenen Persönlichkeit.

Mit dem Aufkommen einer freieren Beweistheorie konnte dann wohl jeder, der von der Unschuld des Vollstreckungsschuldners überzeugt war, für diesen scheltend eintreten. So denken wir uns die Entstehung des Vindexverfahrens.

§ 9. b) Die Gründe der Einwendungen zum Schutze des Schuldners.

Die Einwendungen des Vindex durch welche er das manum depellere begründen konnte, waren wohl erstens das Bestreiten, daß der Beklagte iudicatus sive damnatus sei, zweitens die Behauptung, daß er gezahlt habe. Bereits

---

[1]) Für die ursprüngliche Unwirksamkeit der formlosen Zahlung spricht hauptsächlich die Stelle bei Livius (VI, 14) inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit. So Mitteis Z. S. S. 22, S. 118. Gierard II 745, 1.Bekker, Z. S. S. 30, S. 60, 12. Den Grund sehen diese Autoren in der Regel: prout quidque contractum est ita et solvi debet.

[2]) Vgl. Schloßmann, Altrömisches Schuldrecht 1904, S. 108, 109, Hammurabis Gesetzbuch, 123 zit. l. c. S. 105.

[3]) vgl. Schloßmann, S. 159, Note 1.

[4]) vgl. hierzu Schloßmann, S. 103, Note 1.

zur Zeit der legis actio mag der Grundsatz gegolten haben: Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatio se liberatus est, quae ex causa iudicati descendit (D. 42. 1. 4. 5.).

Der Vindex konnte also alle Befreiungsgründe gegen die Iudicatsobligation vorbringen.

Drittens, konnte der Schuldner die speziellen Executionsvoraussetzungen bestreiten, z. B. den Ablauf der Iudicatsfrist, welchen nur die Vollstreckbarkeit, nicht aber das materielle Recht beeinflußte.[1])

§ 10. c) Die Ansichten über den Zielpunkt der Einwendungen, d. h. über das im Vindexprozeß geltend gemachte Recht.

Über die Verteidigung durch den Vindex zur Zeit der Legisactionen gibt uns Gajus[2]) Bericht. Der Schuldner könne nicht selbst manum depellere et pro se agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Da die Beziehung des letzten se[3]) unklar ist, so geht nur hervor, daß der Vindex einen Prozeß zu betreiben pflegte. Als Frist für das Auftreten des Vindex muß zum mindestens die Zeit bis zum dritten Markttag nach der m. i. gelten. Bestritten ist, ob der Vindex selbst Prozeßpartei[4]) oder Vertreter des Schuldners[5]) war, und ob die poena dupli wegen ungerechtfertigten Leugnens[6]) ihn oder den Schuldner traf.

Als feststehend wird angenommen, daß der Vindex als Verteidiger des Schuldners auftrat.[7]) Der Kläger mußte wohl den liquiden Beweis für die Zulässigkeit der Vollstreckung dem Prätor erbringen. Gegen die daraufhin

---

[1]) arg: Compensationsmöglichkeit während der Iudicatsfrist. vgl. D 16. 3. 16. 1. vgl. auch Buchka I, S. 334 N. 46.

[2]) vgl. IV, § 21.

[3]) vgl. Schloßmann, S. 167 ff. Kleineidam, S. 155.

[4]) Hierfür die meisten vgl. Kleineidam, S. 155, Note 12.

[5]) vgl. Unger, Z. f. g. R. VII, S. 203, Rudorff, l. c. 14, S. 439.

[6]) vgl. Girard, Gesch. u. System des r. R., übers. v. Mayr, 1908, II, S. 1075, 2.

[7]) Schloßmann allein sieht im Vindex gewissermaßen einen Käufer des Schuldners, vgl. S. 163.

durch prätorische Ermächtigung zugelassene m. i. konnte sich der Beklagte durch einen Vindex verteidigen.[1])

Die Rechtskraft des Urteils im Vindexprozeß hängt von der Klageform der geltend gemachten actio ab. Von dieser ist uns jedoch nichts überliefert.[2]) Über das von der Rechtskraft betroffene Recht bestehen zwei Hauptansichten.

Die eine nimmt an, daß das dingliche Recht des Gläubigers am Schuldner entschieden wird. Und zwar vermutet Unger, daß der Gläubiger den Schuldner durch m. i. in die Schuldknechtschaft vindizierte und daß der Vindex den Schuldner gegen diese verteidigt.[3]) Rudorff nimmt an, daß der Vindex klagend als assertor in libertatem auftritt.[4])

Die andere Ansicht sieht als Gegenstand des Prozesses eine Obligation.

Diese Obligation ist nach einigen die sogenannte obligatio ex causa iudicati. Hierbei ist zu betonen, daß dieser Ansicht sowohl Anhänger der prozessualischen Novationstheorie wie der Consumtionstheorie beipflichten. Erstere sehen als Grundlage des Prozesses die durch das Urteil neu entstandene Obligation an.[5]) Letztere die ursprüngliche Obligation, die aber infolge Untergang der actio auf eine prozessual neue Basis gestellt ist, und infolgedessen nochmals aber in einer anderen Prozeßart zu verfolgen ist; nämlich durch legis actio p. m. i.[6]) Für die Frage ob das Urteil im Executivprozesse die Obligation ohne das Zwangsrecht betrifft, darf der Unterschied zwischen Consumtions- und Novationstheorie bezüglich der Eigenheiten des materiellen Anspruchs unberücksichtigt bleiben.

---

[1]) vgl. Lenel 25, S. 405.
[2]) vgl. Keller, S. 95.
[3]) vgl. l. c. VII, S. 201.
[4]) vgl. II, § 17, S. 69.
[5]) vgl. Bethmann II, S. 632, 4.
[6]) vgl. Heldmann, Die Judikatsklage. Diss. 1895. S. 20, 4.

Eine andere Doctrin sieht als Gegenstand des Prozesses eine Deliktsobligation.

Huschke (Nexum S. 96) sieht in dem unrechtmäßigen vindicdre, in der wahrheitswidrigen litis contestatio des Vindex ein Delikt. Andere nehmen an, daß die Obligation des Vindex wegen unrechtmäßiger Gewalt (depulsio) Gegenstand des Prozesses sei.[1])

d) Unsere Ansicht über das Wesen.

§ 11. α) der depulsio.

Nach den neueren Forschungen gewinnt das Depulsionsverfahren folgendes Bild.

Das manum depellere bedeutet wörtlich: die aufgelegte Hand zurückschlagen. Es erinnert an dem Ausdruck vim vi depellere. Das pellere kennzeichnet die depulsio als Akt der Selbsthilfe, die Vornahme der Handlung vor Gericht als einen Formalakt.[2])

Die Wirkung des Formalaktes ist sowohl in körperlicher wie in juristischer Beziehung die Zerstörung der durch die iniectio geschaffene Sachlage. Der Schuldner wird frei und kann wegen derselben Sache nicht wieder in Anspruch genommen werden.[3]) Für eine vollständige Befreiung des Schuldners, sowohl von der materiellrecht-

---

[1]) vgl. Mommsen, Ephhem. 3. 110, welcher das in der lex Coloniae Iuliae Genitivae bedrohte vim facere mit iniuste vim dicere identifiziert und die Obligation, die wegen des vim facere auf das doppelte der Schuld und eine Offizialstrafe geht, auf das vim dicere zurückführt. A. M. Exner, Z. R. G. 13. S. 394.

[2]) Die manus depulsio erscheint uns, wie gesagt, als eine Art Pfändungsschelte. Auch im germanischen Rechte erfolgt die Eides- und Pfändungsschelte durch Fortstoßen der Hand (oder Drohung mit dem Schwerte) vgl. Brunner II, 434, Note 57. Eine Schelte, und zwar eine Eidesschelte, nimmt Pflueger auch bei der legis actio sacramenti an, vgl. Legisactio sacramenti S. 53. Schloßmann sieht nur in dem infitiari eine Schelte, vielleicht wegen des Wortsinnes von „Schelten". Das infitiari ist aber u. E. nur ein moderneres Surrogat des depellere. Im römischen, wie im germanischen R. steht dem feierlichen Sprechen plus Berühren das Fortstoßen (depellere, schelten) gegenüber.

[3]) vgl. Sohm, Institution I. S. 276.

lichen Schuld als auch von der Unterwerfung unter das Zwangsrecht, spricht, daß die Quellen iudicatum, facere und vim dicere auf eine Stufe stellen.[1]) Demnach muß beides endgültige und vollständige Befreiung mit sich bringen.

Auch systematische Gründe sprechen für eine vollständige Vernichtung der früheren Rechtsbeziehung. War die formale Geltendmachung eines Rechtes mißglückt, so war nicht nur der vorgenommene Rechtsverfolgungsakt unwirksam, die Angelegenheit war damit endgültig für den Staat erledigt. Verstößt der Agierende nur im geringsten gegen die Formalität, so ist die Sache für immer verloren, ut qui vel minimum errasset, litem perderet (Gajus IV. 13.). Auch die Störung der Feierlichkeit durch einen vindex idoneus war wirksam; die Wirkung bestand wohl auch hier in dem Ausschluß jeder weiteren Verfolgung des ursprünglichen Anspruchs, also in einer Consumtion des verfolgbaren Anspruchs.

§ 12. β) des im Vindexprozeß geltend gemachten Rechts.

Der Gläubiger mußte sich mit der depulsio zufrieden geben, wenn seine iniectio unberechtigt war, wenn also die formalen und materiellen Voraussetzungen für die Execution fehlten.

Anderenfalls konnte er auf Privatstrafe wegen ungerechtfertigter Pfandwehrung klagen, und zwar in Höhe der doppelten Iudicatssumme. Die unrechtmäßige depulsio war ein Delikt, der Vindexprozeß, ebenso wie der Vindikationsprozeß,[2]) ein Rechtsstreit wegen unrechtmäßiger Gewalt, eingeleitet etwa durch die Aufforderung: quando iniuria (depulendo vim dixisti) vindicavisti dupli aeris sacramento te provoco. Endete der Prozeß mit einer Cendemnation, so war der Anspruch auf die poena dupli rechtskräftig festgestellt. Daneben war aber keineswegs

[1]) vgl. Girard II, S. 1074.

[2]) vgl. Sohm, Institutionen I, S. 279, 1.

die Iudicatsobligation des Schuldners festgestellt, in diesem Falle hätte der Gläubiger ja das dreifache beanspruchen dürfen. An Stelle der Iudicatsobligation, d. h. die Verknüpfung von Forderungsrecht und Zwangsrecht, tritt vielmehr als Surrogat der Anspruch auf poena dupli, wie ja auch der Anspruch aus dem iussus bei passiver Resistenz des Beklagten durch das Surrogat des Interesseanspruchs zur Ausführung gebracht wird.

Erfolgt Absolution in von dem Prozesse wegen unrechtmäßiger depulsio, so muß die iniectio unrechtmäßig gewesen sein, sei es, daß ein materielles Recht nicht bestand, sei es, daß eine formale Voraussetzung der Rechtsverfolgung fehlte. Das Resultat ist in beiden Fällen das gleiche. Formwidrige Rechtsverfolgung bei der depulsio oder der litis contestatio zieht Verlust des materiellen Rechtes nach sich.[1]) Mit der Absolution im Vindexprozesse ist also in jedem Falle auch das materielle Recht entschieden.

§ 13. e) Besonderheiten der legisactio p. m. i. pro iudicato und pura.

Fand die manus iniectio auf Grund einer Forderung statt wie die manus iniectio proiudicato und pura, so waren damit Einreden ohne die Beschränkungen, welche bei der legis actio iudicati die Rechtskraft des ersten Urteils mit sich brachte, zulässig. Auch fiel natürlich der Beweis eines Iudicats als notwendige Voraussetzung für die manus iniectio fort. Als causa war dann nur die zu vollstreckende Forderung zu nominieren.

Bei der m. i. pura durfte der Schuldner überdies selbst als Prozeßführer, gewissermaßen als sein eigener Vindex auftreten. In diesem Falle traten also die eben dargelegten Rechtskraftwirkungen seiner Person ein.

---

[1]) Eine ähnliche Folge mißbräuchlicher Rechtsverfolgung findet sich bei dem decretum divi Marci, sowie auch im deutschen Recht: Wer zwar nicht male (wider das materielle Recht) aber sine iudice (d. h. unter Verstoß gegen das prozessuale Recht) pfändete, verlor seinen materiellen Anspruch. vgl. l. Sal. 74.

§ 14. e) Die legisactio p. m. i. als Rück- und Gegenklage.

Neben dem Widerspruch gegen die Execution gab es wohl auch eine Rückklage auf Leistung des unrechtmäßig Beigetriebenen. Von einer Rückklage wegen unrechtmäßigen beigetriebenen Zinses scheint Gajus IV, § 23 zu sprechen. Allerdings ist es zweifelhaft, ob mit „exegisset" die Beitreibung auf dem Wege der Execution bezeichnet ist.

Auch als Gegenklage mag die m. i. vorgekommen sein: gegen den manus inicierenden Quadruplator konnte der Betroffene tantidem rursus manus inicere,[1]) offenbar mit der Behauptung der Quadruplator habe eine falsche Anklage erhoben.

Kapitel II. Realexecution.

§ 15.

Daß die Römer in ältesten Zeiten nicht nur Geldurteile, sondern auch Sachurteile kannten, scheint aus der Stelle bei Gajus IV, 28 hervorzugehen.[2]) Doch sind uns Nachrichten über eine Realexecution nicht überkommen.[3])

Wahrscheinlich konnte der siegreiche Kläger entweder die vom Beklagten bestellten Bürgen wegen des Geldwertes der Sache verfolgen, oder die Sache selbst an sich nehmen, wenn er das wollte.[4]) Als Verteidigung gegen diese Selbsthilfe wäre eine Iniurienklage denkbar.

Auch gegen den indefensus trat Execution ein. Das defendere bestand principaliter im iudicium accipere, Mitwirken bei der Streitbefestigung, nebenbei auch im Cavieren.[5])

Bei einer actio in personam bestand ein Zwang auf Übernahme des Iudicium und wurde wohl durch missio

[1]) So Plautus Persa I, 2. 10—22.
[2]) vgl. Kleineidam, S. 20, Note 4.
[3]) vgl. Kleineidam l. c.
[4]) vgl. Bethmann I, § 52, Note 12—14.
[5]) So Wlassak 25, S. 125.

in bona ausgeübt.[1]) Bei der dinglichen Klage bestand kein Einlassungszwang.[2]) Die vorliegende Sache wurde dem, der vindicieren wollte, addiciert, bezüglich der nicht vorliegenden Sache erging wohl Restitutionsbefehl.[3]) Damit daß dem Actor Besitzaneignung gestattet wurde, war eine Feststellung des materiellen Rechtes nicht gegeben.[4])

Die Verteidigung bestand wohl allein in einer als Nachklage zu denkenden rei vindicatio.

Bekannter als das ursprüngliche Verfahren ist uns jedenfalls die Ausbildung des Verfahrens in der nächsten Periode. Der Rückschluß auf das, was früher bestanden hat, ist wohl zulässig.[5])

---

[1]) vgl. Demelius, S. 153 ff. Wlassak, S. 132.
[2]) vgl. Wlassak, 25, S. 142.
[3]) vgl. Gajus I, 134, II, 24. Wlassak, S. 107, 154, Note 1.
[4]) So Wlassak schon für die Zeit der Legisaction. S. 156.
[5]) vgl. Wlassak, S. 156.

Teil II. Formularverfahren.

Kapitel I. Personalexecution.

§ 16. 1. Wirkung der Aebutischen Prozeßreform.

Das Prozeßverfahren nach der lex Aebutia zeigt große Veränderungen[1]). Die litis contestatio geschieht nicht mehr, wie zur Zeit der Legisaction durch Hersagen von Sprüchen, sondern durch Übergebung einer Urkunde, formula, von Seiten des Klägers an den Beklagten, in welcher mit vorheriger Zustimmung des Prätors die streitige Frage und der entscheidende Richter bezeichnet ist. Wir ersehen aus dieser Formula, daß Absolutionsgründe in dieser Zeit dadurch geltend gemacht werden können, daß ein Bedingungssatz, welcher den Klagegrund zur Voraussetzung der Condemnation macht, durch einen weiteren Bedingungssatz, welcher zu einer weiteren Voraussetzung den Mangel des Einredegrundes erklärt, eingeschränkt wird. Diese Einschränkungen heißen exceptiones.[2])

Auch im Vollstreckungsverfahren erscheint das agere per formulas in Gestalt der actio iudicati. Neben ihr erhält sich bis zu den leges Juliae die legis actio p. m. i. wenn auch das agere per formulas durch die lex Aebutia als das gewöhnliche Verfahren eingeführt wird.

---

[1]) vgl. zum folg. Girard II, S. 1102 ff., S. 1104, 1.

[2]) Früher mochten die Exceptionen als Grund der denegatio actionis geltend gemacht worden sein. Vgl. Wlassak, Z. S. S. 28, S. 98, Note 1. Auch später wurde ein Tatbestandsmerkmal, welches regelmäßig durch exceptio geltend zu machen war, zuweilen durch denegatio actionis geschützt. Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 96.

[3]) vgl. Wlassak P. G. I, § 14, ebenso Eisele S. 153, unter Berufung auf die Worte: „iudicati iure manus iniectio esto", die sich noch in der lex Col. Jul. Genet finden. (c. 61).

In der Hauptsache liegt die Bedeutung der lex Aebutia wohl in der Einführung der Schriftlichkeit an Stelle der Mündlichkeit bei der Streitbefestigung.[1])

2. actio iudicati.

§ 17. a) die actio iudicati als Executionsmittel.

Als Ziel der actio iudicati erscheint, ebenso wie bei der legis actio p. m. i., die Personalexecution. Die Schuldknechtschaft wird allerdings durch die lex Poetelia (313 a. C.) zur Schuldhaft gemildert. Der Unterschied zwischen dem alten und neuen Vollstreckungsverfahren besteht wohl hauptsächlich darin, daß der Schuldner nicht mehr einen Vindex gleich Prozeßführer plus Bürgen, sondern nur noch einen Bürgen zu stellen hat,[2]) falls er es zu einem neuen Prozeß kommen lassen will; und darin, daß dieser Prozeß wie jeder andere nicht mehr durch Spruchformeln, sondern durch concepta verba, durch Schriftformeln geführt wird. Ferner finden wir in dieser Periode den Ausdruck manum depellere nicht mehr; der Ausdruck infitiari wird neu eingeführt. Bei der Negation der manus iniectio wird die Gebärdensprache abgeschafft. Es genügt das einfache Bestreiten. An Stelle des manum depellere tritt das infitiari.

Ob die lex Aebutia nur auf die litis contestatio Einfluß hatte, und ob die nicht streitige Gerichtsbarkeit dieselbe wie zur Legisactionenzeit blieb, muß dahingestellt bleiben. Zum mindesten erscheint das als richtig, daß der Executionsspruch bei der manus iniectio, wenn er überhaupt verändert wurde, nicht durch eine Formula ersetzt wurde. Die Formula ist der Spruch zur Begrüdung eines Prozeßvertrages, der Executionsspruch dient zur Begründung einer einseitigen Handlung eben der Execution.[3]) Ebenso wie unter lege agere sowohl das

[1]) vgl. Sohm, Instituton, S. 285.
[2]) vgl. Gajus IV, 25, 9, 102, Girard II. S. 1139, 1.
[3]) So Wenger, S. 164 a. M. Wlassak P. G. I, S. 97.

Einleiten eines Prozesses wie das Einleiten einer Execution zu verstehen ist, so wohl auch beim agere. Die Begriffe actio und legis actio decken sich beinahe mit agressiver Prozeßhandlung.[1]) Die Vornahme der agressiven Prozeßhandlung mußte aber zugelassen werden. Es erfolgte daher auf die impetratio der actio iudicati eine datio actionis iudicati — d. h. eine Zulassung der Executionsverhandlungen — in dem Sinne, daß der Executionsspruch, noch nicht aber der etwaige weitere, ebenfalls actio iudicati genannte, Klagespruch zugelassen wurde. Es handelte sich also bei dieser actionis datio darum, daß der Petent zunächst einmal seine Sache „verhandeln" darf, d. h. vor Gericht vorbringen darf. Diese Erlaubnis hat er auch dann zu erwirken, wenn sein Vorbringen eine Executionseinleitung zum Zweck hat. Auch eine Verhandlung durch Vornahme eines Executionsspruches kann unwürdig und deshalb von vornherein durch denegatio actionis abzuschneiden sein.[2])[3])

Nachdem der Kläger auf seine impetratio diese erste actio erhalten hat, d. h. das Recht zur Vornahme der die Execution einleitenden Formalität, vollzog er diesen Formalakt, mag er in dieser Periode auch nicht mehr in einer Spruchformel bestanden haben, sondern in einem Antrag auf duci iubere. Entkräftete der Schuldner die Wirkung des Formalakts nicht durch infitiatio, so erfolgte das duci iubere.

§ 18. b) Wesen und Wirkung des infitiari.

Wollte sich der Schuldner verteidigen, so mußte er zunächst einen Bürgen stellen. Die entkräftende Gegenformalität, die Verteidigung gegen den Handgriff bestand

[1]) Vgl. hierzu Wenger S. 172.

[2]) Vgl. hierzu Schott, Gewähren des Rechtsschutzes 1903, S. 145.

[3]) In diesem Stadium setzt auch Wenger das actionem iudicati dare der prätorischen Genehmigung über Zulassung der einseitigen manus iniectio gleich. Er nimmt allerdings nachträgliche Genehmigung an, da er den Executionsspruch bei der manus iniectio ebenso wie bei der pignoris capio extra ius verlegt. Vgl. § 18, Note 27, 28, § 14, Note 36.

zu dieser Zeit nicht mehr in der manus depulsio; sie bestand vielmehr, wie schon erwähnt, in einem einfachen Bestreiten in der Schelte, im infitiari. Infitiari bedeutet nach Festus (sub hoc verbo): creditum fraudare; nach Brissonius (s. h. v.): interdum est simpliciter negare, — interdum — creditum vel depositum abnegare. In Nov. 18. c. 8. wird das infitiari der Prozeßverschleppung gleichgestellt.[1]) Daraus scheint hervorzugehen, daß das infitiari ein feierliches Leugnen der Berechtigung zur Handanlegung ist[2]), zuweilen in betrügerischer Absicht, und daß es die Wirkung hat, das Prozeßverfahren aufzuhalten. Das infitiari erscheint uns mithin ebenso wie das depellere als ein zerstörlicher Formalakt.[3])

Nach Huschke l. c. und Rudorff (Z. G. R. 14, S. 313) besteht die zerstörliche Wirkung in der Vernichtung der publizistischen Gewißheit des Iudicatsanspruchs. Wenn jedoch nur die publizistische Gewißheit zerstört wird, so müßte die eventuell eintretende poena dupli neben den Iudicatsanspruch treten, da aber nirgends erwähnt ist, daß der Schuldner im ganzen nach der Infitiation das Dreifache zu zahlen hat, nehmen wir an, daß die infitiatio den Iudicatsanspruch vollständig zerstört.

§ 19. c) Die Gründe der Einwendungen im Infitiationsprozeß.

Die infitiatio kann nach der herrschenden Meinung sowohl auf die materiell-rechtliche wie auf die formalrechtliche Widerrechtlichkeit die Execution gegründet werden.[4]) In derselben Weise wie die depulsio zur Zeit der legis actio (vgl. § 9).

---

[1]) Vgl. auch Huschke, Z. G. R. 13, S. 268, Note 24.

[2]) Vgl. strudem contradicere, lex Rib. 3. 24.

[3]) Vgl. Huschke, Z. G. R. 13, S. 269.

[4]) Nur Rudorff, Z. G. R. 14, S. 74 will das Vorbringen materiellrechtlicher Einwendungen nicht als infitiatio, sondern als eine von der poena dupli verschonte defensio auffassen, denn durch die vom Beklagten behauptete und auch zu beweisende Rechtsveränderung werde keine Gewißheit zerstört. Eine Infitiatio liege nur im Leugnen der Existenz eines Iudikats, da hierdurch dem Kläger der Beweis aufgebürdet, eine Gewißheit zerstört werde.

Ausnahmsweise werden jetzt ferner Absolutionsgründe materiell-rechtlicher Natur, welche vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils entstanden sind, gegen die actio iudicati zugelassen.[1]) Als formale Einwendung gegen die Zulässigkeit der Execution wird hauptsächlich die der mangelnden Verurteilung genannt.[2]) Doch müssen auch andere formale Einwendungen zulässig gewesen sein. Der Titel des Edictum Perpetuum: Qui neque sequantur neque ducantur enthielt wohl eine Zusammenstellung der formalen Einwendungen gegen die Execution.[3]) Den Hauptfall bildet die cessio bonorum. Diese war ursprünglich ein Formalakt im iure, der vom Magistrat zugelassen werden mußte,[4]) später wurde sie zu einer zivilrechtlichen, formlosen, einseitigen, empfangsbedürftigen Erklärung des Cedenten an den oder die Gläubiger. Die c. b. bewirkte einerseits das Recht des Gläubigers sich im Wege der Zwangsvollstreckung (durch missio) aus den bonis des Schuldners sich zu befriedigen, andererseits die Unzulässigkeit der Personalexecution.[5]) Das materielle Recht wurde durch die cessio bonorum nicht berührt, doch wurde der Erlös aus den Gütern auf die Schuld angerechnet.[6])

§ 20. d) Der Zielpunkt der Einwendungen, d. h. das im Infitiationsprozeß geltend gemachte Recht.

Das Urteil im Infitiationsprozeß geht nach der laut Wenger herrschenden Meinung[7]) auf:

1. absolutio rei, gänzlicher Freispruch von der Iudicatsschuld oder aber

---

[1]) Vgl. Ruten, S. 62 ff.

[2]) Vgl. Wenger, S. 38. Eisele, Abh. z. r. Civ. Proz., S. 142.

[3]) Vgl. Lenel, S. 396.

[4]) Vgl. Wlassak bei Pauly-Wissowa, Realencyclopädie s. v. cessio bonorum III.

[5]) Vgl. Wlassak, l. c. IV.

[6]) Möglicherweise handelt der angezogene Titel nur von dem zuweilen eintretenden Ausschlusse des Ductionsrechts bei der Execution, vgl. Lenel l. c.

[7]) Vgl. Wenger, S. 22.

2. condemnatio rei in duplum, Verurteilung des Executen aufs doppelte wegen ungerechtfertigter Herbeiführung des zweiten Prozesses oder
3. — hier ergänzt Wenger die herrschende Meinung (vgl. S. 26) — wegen einer mißglückten Defension die aber keine Infitiatio ist, condemnatio in simplum.

Auffallend ist bei Wenger die Wesensungleichheit zwischen condemnatio und absolutio. Die absolutio stellt ein materielles Recht die Iudikatsschuld negativ fest; die condemnatio negiert ein prozessuales Recht, das Recht durch infitiatio einen neuen Rechtsstreit herbeizuführen; sie spricht die Unzulässigkeit der infitiatio aus. Auch hier zeigt es sich, wie schwer publizistisches und materielles Recht bei der actio iudicati zu trennen sind. Es liegt wohl kein Hindernis vor, die absolutio der condemnatio formal konform zu bilden, nämlich als eine Freisprechung von der poena dupli wegen nicht ungerechtfertigter infitiatio. In dieser Anerkennung der infitiatio ist allerdings materiell die Aberkennung, die Verneinung der Iudicatsschuld enthalten.

Nach unserer Ansicht stellt das Urteil im Infitiationsprozesse ebenso wie im Vindexprozesse, formal den Ersatzanspruch wegen rechtswidriger Executionsschelte fest.[1]) Der Ersatzanspruch geht entweder auf das doppelte oder auf das einfache Interesse, auf das „simplum".

Wird der Schuldner verurteilt, so wird der Ersatzanspruch zu Gunsten des Gläubigers anstelle der (novatione) zerstörten Iudicatsobligation festgestellt.

Wird der Schuldner freigesprochen, so tritt auch in diesem Verfahren eine endgültige Befreiung von seiner materiellen Schuld ein, denn noch besteht die strenge Wirkung der Consumtion. Die Gefahr wird nur durch das agere per concepta verba und durch

[1]) Allerdings hat sich, wie noch zu erörtern sein wird, in dieser criminalistischen Auffassungsweise früher oder später eine Änderung vollzogen. Der Anspruch wegen unrechtmäßiger Verneinung der Iudicatsschuld ist schließlich nur als eine neue Einkleidung der Iudikatsschuld anzusehen.

Verzicht auf die certa verba gemindert sodaß die subtilitas nicht mehr nimis ist.[1]) Immerhin besteht zweifellos der Grundsatz: bis de eadem re ne sit actio in dem Sinne, daß jeder Anspruch nur einmal zum Gegenstand der Rechtsverfolgung gemacht werden darf. War diese Rechtsverfolgung durch rechtmäßige Schelte gestört worden, so hatte der Kläger seine actio im Sinne eines verfolgbaren Anspruchs verloren; gleichgültig ob die Schelte einen materiellrechtlichen oder formellrechtlichen Mangel rügte. Die Iudicatsobligation ist durch die infitiatio erloschen, der Ersatzanspruch durch die Absolution rechtskräftig negiert, der Schuldner ist mithin völlig frei.

§ 21. 3) revocatio in duplum.

Der Beklagte kann die Gültigkeit des Urteils auch offensiv beanstanden. Diese offensive Beschwerde ist die revocatio in duplum.[2]) Zweifellos ist, daß in dieser Beschwerde ein Urteil als nichtig angefochten werden kann. Dagegen ist es ungewiß, ob auch sachliche Einwendungen in ihr vorgebracht werden konnten.[3]) Beachtenswert ist die Stelle D 26. 7. 25.:

> si nondum iudicatum fecerunt, posse provocantes per exceptionem doli consequi, ut eis actiones... mandentur.

Nimmt man an, daß in dieser Provocation die Wiederaufnahme des Verfahrens durch revocatio in duplum liegt, so wären mit diesem Rechtsmittel auch sachliche Einreden verfolgbar gewesen.[4])

Als Hauptfall der revocatio in duplum ist die Zurückforderung wegen Leistung auf eine nicht bestehende Urteilsschuld anzusehen. In der Behauptung mit der Leistung eine Nichtschuld gezahlt zu haben, lag ein Angriff auf die auctoritas der Anspruch erzeugenden res iudicata. In

---

[1]) Vgl. Gajus IV, § 30.
[2]) Vgl. Eisele, S. 170.
[3]) Dafür Girard II, S. 1145.
[4]) Vgl. Bekker, Actionen II, S. 187, Note 44.

diesem Sinne ist wohl das Verbot der condictio einer solchen Leistung auszulegen. Es sollte nur die strenge revocatio in duplum dem Schuldner offenstehen.[1])

Abschnitt II. Realexecution.

§ 22. 1) Verfahren und Titel bei der missio in bona.

Neben der Personalexecution bemerken wir in dieser Periode eine Vermögensexecution. Nachdem ursprünglich wohl der Verkauf von Gütern des Schuldners zur Eintreibung durch im öffentlichen Recht und durch Kriminalurteil auferlegter Geldstrafen erfolgte, versprach der Prätor in seinem Edikt die bonorum possessio auch zur Verfolgung von Civilrechten. Das Verfahren ist folgendermaßen:[2])

Der Gläubiger richtet an den Prätor die postulatio, ut ex edicto bona possidere liceat (Cicero, pro Quint. 6). Nachdem der Prätor zur Überzeugung gelangt ist, daß der Titel für die Vermögensexecution vorhanden ist, erläßt er ohne causae cognitio das Executionsdekret, welches neben dem bona possidere auch die Personalexecution, das ducere, zulassen kann, falls nämlich der Schuldner gegenwärtig ist.[3]) Das Dekret wird ex edicto erteilt, d. h. unter der Voraussetzung, daß die im Edikt vorgesehenen materiellrechtlichen und formalen Erfordernisse vorliegen. Auf Grund des Dekrets können die Güter des Schuldners vom Gläubiger in custodiam genommen werden. Der Inhalt des Dekrets ist vom Gläubiger zu publizieren.

Nach Ablauf von 30 Tagen, bei Gütern eines verstorbenen schon nach 15 Tagen, konnte der Verkauf der Güter eingeleitet werden. Der Schuldner wurde infam. Für das Verkaufsverfahren war ebenfalls eine gewisse Zeit festgesetzt. Der Käufer der Gütermasse (bonorum emtor) haftet den Gläubigern ganz oder quotativ für die Schulden.

Auch für dieses Verfahren wird der Ausdruck actio iudicati zulässig sein.[4])

[1]) Vgl. Bekker II, S. 187, Note 47.

[2]) Vgl. Bethmann II, S. 672 ff.

[3]) Lex rubria c. 22 vers. 47. Vgl. Bethmann l. c. S. 673.

[4]) Vgl. Wenger, S. 115, Note 34.

Zunächst war die Vermögensvollstreckung wohl nur gegen den Indefensus zulässig.[1]) Sie fand zwar auch gegen den Iudicatus und Confessus statt. Aber der Iudicatus wird der Realexecution nicht als Iudicatus, sondern als Indefensus ausgesetzt, nach dem Grundsatze: nec ille videtur defendi, qui quod iudicatum est, non solvit. D. 5. 1. 63.[2])

Dieser Grundsatz enthält u. E. eine Fiktion[3]), zu dem Zwecke, die Realexecution auch gegen den Iudicatus zuzulassen.

§ 23. **2) Die Klagen zur Verteidigung gegen die Realexecution.**

Der Schuldner kann sich dadurch verteidigen, daß er die unverteidigte Hauptsache aufnimmt. Hierdurch wird die Execution gehemmt. Außerdem kann er aber auch die Rechtsmäßigkeit der Vollstreckung zum Gegenstande eines Rechtsstreites machen.

Die Voraussetzung „causa" der Execution bestehen

1. in einem iustum creditum,
2. in einer iusta petitio (vgl. D. 43, 4. 5.),

d. h. also im Bestehen des materiellen Rechtes und der formalen Voraussetzungen für den Executionsantrag. Die hauptsächliche formale Voraussetzung der Execution besteht in der Unterlassung der defensio.

Gerät der Exequent mit dem Exequierten oder einer diesem beistehenden Person bei Ausübung des Vollstreckungsrechtes aneinander, so können beide Parteien den vom Gegner ausgeübten Zwang als vis iniusta bezeichnen und verfolgen. Der Exequent erklärt, daß die Executionshinderung (prohibentes venire in possessionen D. 43, 4. 1. 1.) dolos sei und kann den Vollstreckungsgegner auf das Interesse belangen.[4])

---

[1]) In Sachen wird nur vollstreckt, wenn eine Person sich nicht stellt.

[2]) Vgl. Bethmann II, S. 663, Note 12, S. 672, Note 23.

[3]) Der Ungehorsam infolge Nichterfüllung der publizistischen Iudicatsobligation wird dem Ungehorsam infolge Nichterfüllung der ebenfalls publizistischen Einlassungspflicht gleich gestellt. Vgl. eine ähnliche Unterscheidung bei Wlassak 25, S. 1583.

[4]) Vgl. D. 1, pr. l. c. Vielleicht konnte er auch Interdiktenschutz begehren. Vgl. Bethmann II, S. 676, Note 46.

Andererseits kann der Schuldner behaupten, daß die vom Gläubiger ausgehende Ergreifung des Vollstreckungsbesitzes eine vis iniusta sei und deshalb dem Gläubiger iniuriarum belangen. Allerdings nur dann, wenn der Gläubiger die Unrechtmäßigkeit kannte.[1]) Die unrechtmäßige Vollstreckung zieht hier ebenso wie beim Quadruplator eine Pönalklage nach sich. (Eisele vermißt eine solche Pönalklage in den Quellen. Vgl. S. 144 Text zu Note 26.)

In beiden Prozessen ist der Gegenstand der Entscheidung die Frage, ob die vis, die Vollstreckung des Zwanges, iusta gewesen sei.

Auch den Eintritt einer ipso iure erfolgenden Vollstreckungswirkung z. B. der infolge proscriptio bonorum eintretenden Satisdationspflicht kann auf dem Klagewege, und zwar durch praejudicium, vom Schuldner gehindert bezw. rückgängig gemacht werden.[2]) Die Voraussetzungen der als Vollstreckungsstrafe eintretenden Satistationspflicht waren:[3])

1. causam fuisse cur postularet, d. h. Bestehen einer materiellrechtlichen Verbindlichkeit,
2. ex edicto possidere potuisse und possidere, d. h. Bestehen der formalen Voraussetzungen für den Eintritt der Vollstreckungsstrafe, nämlich die indefensio und der mindestens 30 Tage währende Vollstreckungsbesitz.

Auch hier erscheint das Bestehen des materiellen Rechtes nur als ein Incidentpunkt für die Frage nach dem Eintritt der Vollstreckungsmaßregel.

Das prozessuale Begehren geht auf Feststellung, daß eine ipso iure eintretende Vollstreckungsstrafe, die Satisdationspflicht, nicht eingetreten sei; ähnlich wie heute die Vollstreckungsgegenklage gegen den Eintritt der vollstreckungshalber erfolgenden Fiktion eine Erklärungsabgabe erfolgen kann.

---

[1]) Vgl. Gajus III, § 220. Bethmann II, S. 562, Note 26.
[2]) Vgl. Bethmann II, S. 562, Note 27.
[3]) Vgl. Bethmann, S. 794 ff.

Teil III. Cognitionsverfahren.

Kapitel I. Personalexecution.

§ 24. 1) Wirkungen der kaiserlichen Prozeßreform.

Neben dem ordentlichen Prozeßweg, dem ordo iudiciorum privatorum, bestand von alters her für gewisse Sachen die praetoria cognitio, in welcher der Prätor selbst und zwar durch Sachurteil nicht durch bloße Verfügung entschied.[1]) Das kaiserliche Recht (ius extra ordinarium) übertrug zunächst extra ordinem einige Sachen der ordentlichen Gerichtsbarkeit der magistralischen Cognition.[2]) Jm Jahre 294 läßt ein Gesetz Diokletians die datio iudicis pedanei, die Bestellung eines Geschworenenrichters, nur ausnahmsweise zu. Die magistralische Cognition ist also zu dieser Zeit die ordentliche.[3])

Infolgedessen kommt die zur Instruktion eines Geschworenenrichters bestimmte formula regelmäßig in Fortfall,[4]) die Zweiteilung des Verfahrens in iure und iudicio, im Sinne eines Verfahrens vor dem Magistrat und vor den Geschworenen, hört auf.[5])

Das im Cognitionsverfahren ergangene Urteil hat dieselben Wirkungen, wie die Urteile der früheren Zeit,[6]) ebenso die confessio, welche innerhalb des gesamten Verfahrens nicht nur in iure abgegeben werden kann. Die Urteile gehen

[1]) Vgl. Bethmann II, S. 758.
[2]) Vgl. Bethmann II, S. 760.
[3]) Vgl. C. 3. 3. 2., Bethmann II, S. 789, III, S. 32.
[4]) Vgl. Bethmann III, S. 231.
[5]) Vgl. Bethmann III, S. 252.
[6]) Vgl. Wenger, S. 223, Note 4.

nicht mehr nur auf Geld, sondern auch auf Sachleistung, und zwar auf dare, tradere oder restituere und exhibere: Verschaffung des Eigentums, des Besitzes, der Besichtigungsmacht. Die indefensio hat jedoch keine Vollstreckungswirkung mehr, sie gibt dem Kläger vielmehr nur das Recht auf einseitige Verhandlung und auf ein auf Grund dieser Verhandlungen entscheidendes Urteil.

Die Vollstreckungsmittel haben hauptsächlich amtlichen Charakter, die etwa noch vorkommende Personalexecution[1]) wird durch custodia militaris vollzogen. In der Regel wird die Geldschuld durch pignoris capio, durch Pfändung von Seiten amtlicher Executoren, vollstreckt. Nur Contumatialurteile werden durch missio in possessionem vollstreckt, die aber nur in einzelne Vermögensgegenstände zwecks Befriedigung aus dem Verkaufserlöse erteilt wird.

Daneben findet sich eine Execution auf Sachleistung. Entsprechend dem Urteil wird das Eigentum, der Besitz oder die Besichtigungsmacht übertragen. Bei Execution des dare wird die zur Bestellung des dinglichen Rechts nötige Willenserklärung des Beklagten fingiert. Doch kommt dies in den Quellen nicht klar zum Ausdruck[2]).

§ 25. **2) Die actio iudicati als Executionsmittel zu dieser Zeit.**

Die Einleitung der Execution wegen Geldforderung erfolgt auch in dieser Zeit durch einen Executionsantrag den man als actio iudicati bezeichnet. Dabei dürfte es gleichgültig sein, welche Executionsart gewählt wird.[3]) Die Einleitungsform der Execution ist die postulatio, doch ist nicht anzunehmen, daß die postulatio (imploratio officii iudicis) n e b e n die actio iudicati tritt.

Diese Auffassung beruht auf der irrigen Meinung, daß die actio iudicati sich immer als eine Einleitung eines Prozesses darstelle.[4]) Nach der heute als richtig erkannten

[1]) Vgl. Wenger, S. 226, Note 10.
[2]) Vgl. Bethmann III, S. 313.
[3]) Vgl. Buchka II, S. 79, Wenger, S. 224. ff, 224, Note 5.
[4]) Vgl. Buchka II, S. 214 ff.

Meinung ist dies aber der Ausnahmefall. Auch die actio iudicati ist, wie wir darzulegen versuchten, zunächst eine einseitige Executionseinleitung. An die Stelle der Bitte um Ermächtigung zur m. i., sowie an die Stelle der späteren impetratio actionis iudicati tritt die postulatio auf Anordnung der Offizialvollstreckung.[1])

§ 26. 3) Wesen der infitiatio und des durch actio iudicati (als Prozeßmittel) geltendgemachten Rechts zu dieser Zeit.

Auch im Cognitionsverfahren konnte der Beklagte durch Einspruch die Iudicatsvollstreckung hemmen.

Die infitiatio, besonders wenn sie vor dem Executionsgericht vorgebracht wurde, ist jedoch nicht ohne weiteres wirksam. Der Richter mußte die querella rei nach vorangegangener Prüfung erst zulassen, und zwar wohl dadurch, daß er auf die infitiatio hin die Execution sistierte.[2])

Vielleicht liegt in der Prüfung der Zulassung ein Ersatz für die poena dupli und die Satisdationspflicht. Diese beiden Institute sind nämlich nach der herrschenden Meinung im iustinianischen Recht aufgegeben,[3]) wenigstens für den Regelfall.[4])

Wir nehmen also an, daß der Executionsrichter zunächst in summarischem Verfahren darüber entschied, ob die infitiatio, deren Wirkung zum mindesten in der Hemmung der Execution bestand, zuzulassen sei.

Die zerstörliche Kraft der infitiatio muß in dieser Zeit Veränderungen erfahren haben.

Im spätrömischen Prozeß fand eine „totale Umwälzung des alten Consumtionsprinzips“ statt[5]). Die Consumtionswirkung der rechtswidrigen Rechtsverfolgung wurde

---

[1]) Vgl. Wenger, S. 226.
[2]) D. 5. 1. 75. Wenger, S. 234.
[3]) Vgl. Wenger, S. 28.
[4]) Vgl. Nov. 18, Cap. 8, Wenger, S. 30, Note 8.
[5]) Vgl. Buchka, II, S. 22.

neu geordnet[1]). Der Unterschied der dilatorischen und peremtorischen Einreden wird für die Rechtsverfolgung von Wichtigkeit. War die Rechtsverfolgung wegen einer nur zeitweiligen Hemmung des materiellen Rechtes unzulässig, lag eine „pluspetitio tempore" vor, so konnte sie nach Behebung der Einrede von neuem angestellt werden. Nur die auf Grund einer peremtorischen Einrede gegen das materielle Recht abgewiesene Rechtsverfolgung war für immer untersagt. Die Consumtion des Verfolgungsrechtes war also, entsprechend der materiellen Einrede eine zeitweilige oder dauernde.

Dies war die Regelung der prozessualen Rechtsverfolgung. Für die executivische Rechtsverfolgung läßt sich wohl folgendes vermuten: War die executivische Rechtsverfolgung infolge einer perentorischen Einrede unzulässig, so wurde die Verfolgbarkeit auch jetzt durch die infitiatio dauernd zerstört.

War die executivische Verfolgung jedoch nur wegen einer dilatorischen Einrede unzulässig, so wurde jetzt durch die infitiatio wohl nur die gegenwärtige Verfolgung entkräftet.

Danach bestimmen sich die Wirkungen des Urteils im Infitiationsprozeß. Wurde die infitiatio als berechtigt anerkannt, wurde also die Iudicatsklage des Klägers abgewiesen, so war damit allein noch nicht die dauernde Unverfolgbarkeit des prinzipalen Anspruchs ausgesprochen.

Es kam wohl darauf an, aus welchem Grunde, nach dem Inhalt des Urteils, die infitiatio gerechtfertigt war.

War die actio iudicati wegen einer durch eine dilatorische Einrede gerechtfertigte infitiatio zurückgewiesen worden, so wurde der verfolgbare Ausspruch nur „zur Zeit" negiert. Der Kläger verlor wohl auch hier sein materielles Recht nicht, er konnte wohl nach Behebung der Einrede von neuem iudicati agere.

---

[1]) Vgl. I, 4. 13. 10. Die „subtilitas" und die damit verbundene Gefahr hört fast ganz auf. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus (l. c.). Die Wirkung der Rechtskraft wird prozessual gefaßt: nicht der eingeklagte Anspruch wird zerstört, sondern seine Verfolgbarkeit. Vgl. I. 4. 13. 5.

Erfolgte jedoch die Abweisung der actio iudicati infolge einer infitiatio, die sich auf eine peremtorische Einrede stützte, so war der Anspruch, im Hinblick auf seine Verfolgbarkeit, dauernd aufgehoben.

Die Folgen der unrechtmäßigen infitiatio waren wohl denjenigen der früheren Zeit analog. Der Kläger mußte seine Verfolgungen auf eine ganz neue Basis stellen. Er mußte den Anspruch wegen unrechtmäßiger infitiatio verfolgen, die Iudicatsobligation war im Hinblick auf ihre Verfolgbarkeit erledigt. Der Anspruch wegen unrechtmäßiger infitiatio ging, wie schon erwähnt, in dieser Zeit wahrscheinlich auf das einfache Interesse.

Der Anspruch auf das simplum der lis trat infolge der infitiatio (früher depulsio) gleichsam novatione an die Stelle der Iudicatsschuld[1]). Die Iudicatsschuld war wiederum infolge der condemnatio quasi novatione an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs getreten. Da wir annehmen, daß die prozessualische Novation in dieser Zeit eine auf die Verfolgbarkeit beschränkte Quasinovation darstellt, so vermuten wir:

Der Infitiationsprozeß ist in dieser Zeit eine erneuerte Verhandlung des ursprünglichen Anspruchs. Die Verfolgungsform dieses Anspruchs wird allerdings durch die condemnatio und infitiatio verändert.

§ 27. 4) Die Ansichten über das geltend gemachte Recht.

Die in der Literatur vertretenen Ansichten über das Ziel der Iudicatsklage des spätrömischen Rechts projicieren u. E. die Rechtsgedanken des gemeinen Rechts nach rückwärts. Da jetzt die prozeßeinleitende actio iudicati vom Magistrat geprüft und entschieden wird, da auch die Vollstreckung der Urteile in der Regel von Amtswegen durchgeführt wird, tritt das publizistische Moment im Executionswege in den Vordergrund. Das ist wohl auch ein Grund, aus welchem die meisten Schriftsteller die Wir-

[1]) Vgl. Wenger, S. 102, 20.

kungen des Urteils im Iudicatsprozesse dieser Periode auf das publizistische Gebiet verlegen.

Die Interpretation der sententiae Pauli I. 2. § 4 im Breviarium bezeichnet die Iudicatsklage als die actio de executione rerum iudicatarum.

Drauf gestützt sieht Bethmann-Hollweg[1]) in der Iudicatsklage nicht mehr einen Prozeßweg für den Iudicatsanspruch, sondern ein Rechtsmittel zur Einleitung der Execution. Dieser Umschwung soll infolge Fortfalls der formula eingetreten sein. Als eine Verzögerung der Execution stellt sich dar das Verfahren über die Liquidation des Leistungsgegenstandes, sowie das Verfahren, welches eintritt, wenn der Beklagte aus faktischen oder rechtlichen Gründen seine Verpflichtung zur Zahlung des Iudicats leugnet. Über das Urteil in diesem Verfahren und seine Wirkungen äußert sich der Schriftsteller nicht.

Buchka führt aus, daß die Römer die Wirkung rechtskräftiger Akte immer in einer materiellrechtlichen Form in der Form der obligatio in die Erscheinung treten ließen. Der Gegenstand der Obligation kann aber ein prozessualischer sein. So geht die obligatio ex causa iudicati auf Bewirkung der Execution, gewissermaßen auf ein exigi oportere. Über die Zuständigkeit der Executionsverpflichtung kann Streit entstehen, in welchem die obligatio iudicati = materieller Anspruch zu berücksichtigen ist, „allein diese Entscheidung ist nicht der principale Zweck der actio iudicati, sondern wird nur bei Gelegenheit der auf die Execution gerichteten actio des siegenden Klägers als eine Vorbedingung der Vollstreckung abgetan.“ (II, S. 216.)

Savigny[2]) betont bei der durch actio iudicati geltend gemachten Obligation, daß ihr Stoff die Execution sei.

---

[1]) Vgl. Bethmann-Hollweg III, S. 297.

[2]) Vgl. System VI, S. 411.

Kapitel II. Vollstreckung gegen den contumax.

§ 28.

Die Vollstreckung wegen contumacia war besonders geordnet. Contumacialurteile wurden durch missio in bona, allerdings nur in einzelne Vermögensgegenstände vollstreckt.[1])

Bis zum Verkauf der Güter kann der Schuldner durch Leistung des Schadensersatzes und Bürgschaftsstellung sowie durch Übernahme der Verteidigung die Vollstreckungswirkung entkräften. Der Beklagte kann also beantragen, daß die Vollstreckungsmaßregel wieder aufgehoben und daß zur Sache verhandelt werde, zu dem Zweck, daß das Contumacialurteil aufgehoben und durch ein neues Sachurteil ersetzt werde. Der Bescheid auf den ersten Antrag ergeht nur mit Rücksicht auf den Fortfall oder das Bestehen der contumacia, ohne Rücksicht auf das materielle Recht.[2])

Verteidigt sich der Beklagte gegen eine dingliche Klage nicht, so kann der Kläger im Wege der Vollstreckung Übertragung des Besitzes — nicht aber des Eigentums — erbitten. Leugnet der Beklagte den Besitz, so hat der Kläger vorher den Besitz des Beklagten nachzuweisen.[3]) Bezeichnet der Beklagte sich als Besitzer in fremdem Namen und nannte er seinen dominus, so erfolgte nach fruchtlosem Ablauf einer für die Intervention des dominus bestimmten Frist die missio in possessionem zugunsten des Klägers. Vorher wurden die formalen Voraussetzungen der missio summatim festgestellt.[4]) In dieser Zeit ergehen auch Urteile bei mangelnder Einlassung auf eine dingliche Klage.[5]) Die Besitzübertragung erfolgt im Wege der extraordinaria cognitio.

---

[1]) Bethmann III, S. 304.

[2]) Vgl. Nov. 53, Cap. 4, § 1, Bethmann III, S. 305, Note 24.

[3]) Vgl. Wlassak, S. 143.

[4]) Vgl. C. 3. 19. 12. 2., Briegleb, Summarische Prozesse § 64.

[5]) Dem Herausgabeausspruch des Klägers wird stattgegeben, aber ohne Feststellungswirkung bezüglich des dinglichen Rechts. Der Grund des Urteils ist der Ungehorsam des trotz der Ladung durch den Magistrat nicht erschienenen Beklagten. Wlassak, 25, S. 158, 9.

Teil IV. Anhang.

Das Wesen der sogenannten privilegierten Einreden.

§ 29. 1. Die ratio legis des Instituts.

Im Vorstehendem haben wir die Ansicht vertreten, daß die Iudicatsklage eine Verurteilungsklage, eine Klage wegen eines materiell-rechtlichen Anspruchs ist. Wir haben noch zu prüfen, ob diese Theorie sich für die Erklärung eines wichtigen Ausnahmefalles für die Zulässigkeit der Iudicatsklage als brauchbar erweist. Ausnahmsweise können nämlich gegen die res iudicata noch Einwendungen erhoben werden, deren Gründe vor der res iudicata entstanden sind. Man spricht hier von privilegierten Einreden. Welchen Einfluß hatte nun das Vorbringen der sogenannten privilegierten Einreden, oder besser Einwendungen, in der „Executionsinstanz" auf das Urteil im Infitiationsprozeß? Diese Frage ist bisher wohl kaum — auch von Wenger nicht — im Zusammenhang behandelt worden; und doch dürfte gerade dieser Ausnahmefall wertvolle Aufschlüsse geben, wäre die ausreichende Erklärung dieses Sonderfalles gewissermaßen ein Prüfstein für die Brauchbarkeit der verfochtenen Theorie. Es verdient daher diese Frage ein besonderes Kapitel.

Die Idee der privilegierten Einwendungen hat auch für das heutige Recht Interesse, wenn sie auch im Gesetze nicht ausdrücklich behandelt ist. Wir glauben dies durch eine einfache Gegenüberstellung erweisen zu können:

Si per dolum sciens falso aliquid allegavit et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit ad-

probatum, existimo debere iudicem querellam rei admittere (D. 5. 1. 75.).

Die Wirkung der Rechtskraft muß da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben (E. R. G. 61, 365).

Beide Rechtsanschauungen lassen sich vielleicht aus dem Grundsatze ableiten:

Die Rechtskraft muß zessieren wenn das die Stabilisierung der Rechtskraft erfordernde öffentliche Interesse durch ein noch höheres öffentliches Interesse an der Verneinung der Rechtskraft verdrängt wird.[1])

Wir bemerken also die Anschauung, daß gewisse die Öffentlichkeit interessierende Tatbestandsmerkmale nicht durch die Einwendung der Rechtskraft der richterlichen Cognition entzogen werden können. Diese Entspannung des formalen Rechtskraftprinzips entspringt dem Grundsatz: Summum ius summa iniuria.

Das Römische Recht betonte diesen Grundsatz im Hinblick auf die Verteidigungsmittel. Damit gelangen wir zu den privilegierten Einwendungen. Die ratio legis dieses Instituts ist u. E. die:

Bestimmte die Öffentlichkeit interessierende, der Verteidigung des Beklagten dienende Tatbestandsmerkmale sollen durch die Tatsache der Rechtskraft der richterlichen Cognition nicht entzogen werden.

Wir werden die Brauchbarkeit dieses Erklärungsversuches bei den einzelnen privilegierten Einwendungen nachprüfen.

Ein besonders großes Interesse besteht daran, daß durch die aus Zweckmäßigkeitsgründen gegebenen formalen Gesetze keine Schlupfwinkel eines unsittlichen Erwerbes juristischer Vorteile entstehen. In diesem Falle müssen formale Vorschriften — und einer formalen Vorschrift entspringt auch die an ein formell ausreichendes Urteil

[1]) Das auf der sittlichen Grundlage des Staates aufgebaute Urteil gilt nur, soweit nicht höhere sittliche Anforderungen entgegenstehen. Vgl. Kohler, Holtz. Enzycl. II, S. 149.

geknüpfte Rechtskraft — durch den Gedanken der Billigkeit zum Schweigen gebracht werden.

In diesem Sinne charakterisiert D. 44. 4. 1. 1. den Zweck der exceptio doli:

Ideo autem hanc exceptionem praetor praeposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Mit Recht zieht Dalberg[1]) aus diesem Ausspruche den Untersatz: „Wer ein Urteil dolos erwirkt hat, soll daraus kein Nutzen ziehen dürfen."

In diesem Sinne erklären sich auch zwei Stellen in denen Unsittlichkeit (dolus) ohne Rücksicht auf die Rechtskraft vorgeschützt wird. Zunächst die schon oben zitierte D. 5. 1. 75; ferner D. 44. 4. 8.

Si procurator rei pecunia accepta damnari se passus sit et cum domino iudicati agatur, tuebitur se doli mali exceptione.[2])

Doch nicht nur die bewußte Rechtswidrigkeit begründet ein öffentliches Interesse an der Verneinung der Rechtskraft; auch die infolge forensischer Ungewandtheit der Parteien oder des Geschworenen erstandene Unbilligkeit des Urteils hat diese Wirkung. Wiederum ist es die exceptio doli, welche diese objektive[3]) iniquitas bekämpft:

Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius Sabinus doli exceptionem eum uti oportere aiunt eaque tutum fore. (D. 24. 3. 17. 2.).

Auch ohne den Umweg über die exceptio doli, nämlich durch lex specialis, wird die forensische Ungewandtheit durch Verneinung der Rechtskraft berücksichtigt, damit keine iniquitas entstehe:

Quamvis, quum causam tuam ageres, ignorantia iuris propter simplicitatem armatae militiae, allegationes com-

[1]) Vgl. Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten, Z Z P 40. S. 46.

[2]) Vgl. Dalberg l. c., Wendt, Die Exc. doli gen. i. heut. R., Civ. A. 100, S. 317.

[3]) Vgl. Pernice, Labeo II. 1. S. 247, Wenger, S. 52, Note 7.

petentes omiseris, tamen si nondum satisfecisti, permitto tibi, si coeperis ex sententa conveniri, defensionibus tuis uti (C. 1. 18. 1.).

Die Berücksichtigung der iniquitas kann auch ohne Einrückung einer exceptio erfolgen. Der Prätor hilft zuweilen durch entsprechende Verfügung über sein Imperium:

Paulus notat: si autem morbo impeditus aut rei publicae causa avocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere (D. 5. 1. 75.).

Eine Sonderstellung nimmt folgende Constitution ein:

Si apud eundem iudicem invicem petamus, [si et mea tua petitio sine usuris fuit] et iudex me priorem tibi condemnavit, [quo magis tu prior me condemnatum habeas] non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur.[1])

Durch eine Gegenklage kann die iniquitas der formula stricti iuris, die durch Verabsäumung der im Interesse der Compensation gewährten Einrückung der exceptio doli entstanden ist, ausgeglichen werden.[2]) Die Erhebung einer Gegenklage vor demselben Richter ist jedoch nur solange zulässig, als dieser ein Urteil nicht gefällt hat; denn sententia lata iudex desinit esse iudex. Die Aufrechenbarkeit ist also insofern privilegiert, als sie noch nach der Litiscontestation bis zum Erlaß der Condemnation in einem Anschlußverfahren geltend gemacht werden kann. Wie das Verfahren sich gestaltet, wenn der Beklagte die schon vor dem Urteile fällige, aufrechenbare Forderung nach Erlaß des Urteils zu richterlichen Cognition und zur Aufrechnung stellt, darüber haben wir keine Auskunft.

Nicht nur durch den Blankettbegriff der iniquitas wurde die Verneinung der Rechtskraft motiviert. Auch

---

[1]) Die eingeklammerten Stellen sind wahrscheinlich interpoliert; vgl. Wenger, S. 72, 11.

[2]) Vgl. Kretschmar, Entwicklung der Compensation im r. R. 1907, S. 25.

spezielle Interessen wurden in gleicher Weise beachtet und spezielle Exceptionen nachträglich zugelassen.[2])

Ein großes öffentliches Interesse bestand in Rom an der Unterdrückung der Intercession von Frauen. Man kann das S.C. Velleianum, welches die Intercession verbot, geradezu als ein Polizeigesetz ansprechen. Dementsprechend hieß es im S. C. Velleianum:

arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.

Es handelt sich hier also um eine von Amtswegen zu berücksichtigende, unverzichtbare exceptio, um ein Tatbestandsmerkmal, welches das Geschäft nicht nur zu einem nichtigen, sondern zu einem im öffentlichen Interesse verbotenen stempelt.[1])

Dementsprechend zessiert die Rechtskraft, wenn die exceptio S. C. Vell. nicht beachtet worden ist. (Wie etwa heute bei Nichtberücksichtigung einer börsengesetzlichen Verbotsvorschrift.)

Ebenso liegen die Verhältnisse bei der exceptio S. C. Mac.:

vgl. D. l. 11 de S. C. Mac. 14. 6:

si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatus consultus exceptione: et ita Julianus scribit in ipso filio exemplo mulieris intercedentis.

Auch das beneficium cedendarum actionum ist privilegiert. Auch hier scheint es sich um eine öffentlich interessierende soziale Maßregel zu handeln.

[3]) Es konnte aber auch die exceptio doli zur Hervorhebung solcher Tatbestandsmerkmale gegeben werden, die sonst durch spezielle exceptio geltend gemacht wurden, vgl. 24. 3. 17. 2; 26. 7. 25.

[1]) Die römische exceptio — darauf sei hier hingewiesen — ist keineswegs eine Einrede im Sinne von „Gegenrecht". (Letzterer Ausdruck stammt von Fischer). Sie bildet vielmehr einen Befreiungsgrund, einen Nichtigkeitsgrund nach prätorischem Recht. Ihre Wirkung besteht in dem non debere iure praetorio. Vgl. D. 13. 5. 3. 1., Sohm, S. 321, N. 10. Sie ist die prozessualische Form prätorischer Absolutionsgründe. Mit dem Fortfallen des Gegensatzes zwischem civilem und prätorischem Recht fällt der innere Unterschied zwischen ipso iure und ope exceptionis später völlig hinweg. Vgl. Fischer Recht und Rechtsschutz, S 97, 98.

Vgl. D. 42. 1. 12:

In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succuri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Vgl. auch D. 27. 3. 1. 18.

Daß die Beschränkung der Zwangsvollstreckung durch das beneficium competentiae von öffentlichem, sozialpolitischem Interesse war, lehrt der Vergleich mit den in der heutigen Z. P. O. geordneten, schon äußerlich als publizistisch gekennzeichneten Executionsbeschränkungen.[1]) Das beneficium competentiae bestand in der Beschränkung der gerichtlichen Verfolgung auf diejenige Summe, welche der Schuldner nach seinem Vermögensstande leisten konnte. Realisiert wurde das beneficium durch eine der Condemnatio beigefügte Modifikation (cond. c. tax.) dumtaxat quantum facere potest. Auf Grund dieser Formel verurteilte der Iudex den Beklagten nicht etwa in der Weise, daß er dem Urteilsspruche beifügte: Die Personalexecution ist ausgeschlossen. Dagegen spräche die Forderung der certa quantitas condemnationis. Die Competenzclausel bewirkt vielmehr, daß die Höhe der Urteilssumme nach Maßgabe eines bestimmten Verhältnisses — hier der pekuniären Leistungsfähigkeit — herabzusetzen ist.[2]) Hat die Einrückung der die Herabsetzung bewirkenden taxatio in der prinzipalen Klage nicht stattgefunden, so kann zum mindesten in besonders schutzwürdigen Fällen unter Vernachlässigung der Rechtskraft verlangt werden, daß die Verfolgung aus dem Urteil unter Berücksichtigung der taxatio erfolge[3]).

[1]) Vgl. auch Sohm, S. 336, N. 6.

[2]) Vgl. D. 50. 17. 173. In condemnatione..non totum.. extorquendum est, hierzu Fischer, Zur prozessualen Geltendmachung des beneficium competentiae, Iher Jb. 34, S. 469. Vgl. ferner: Hilfsbüchlein für d. röm. Civ.-Proz. von Bruck, Fischer, Klingmüller, Leonhard, Schott 1911: 18 c, ferner Wenger, S. 45.

[3]) Vgl. die Zitate bei Altmann, beneficium competentiae. Diss. 1888. S. 40, N. 42.

Ist die „abstracte" Voraussetzung der Competenzeinrede, die Eigenart des Schuldverhältnisses (dos, donatio), bereits vor der condemnatio vorhanden gewesen; ist aber die „konkrete" Voraussetzung der Competenzeinrede, die pekuniäre Leistungsunfähigkeit erst nach dem Urteil eingetreten, so vermindert sich auch hierdurch die derzeitige Haftung.[1]) Doch kann man nicht davon sprechen daß die Einrede der Competenz bereits vor dem Urteil entstanden ist.[2]) Es handelt sich hier um eine teilweise Befreiung, solutio, von der Urteilsschuld.

Eine privilegierte, rechtskraftdurchbrechende Einwendung ist schließlich auch — die Einwendung der Rechtskraft selbst. Wenn die Römer auch in ziemlich zahlreichen Fällen casuistische Ausnahmen von der Rechtskraftswirkung zuließen, so war andererseits die Einwendung der Rechtskraft, wenn sie überhaupt durchgriff — und das war natürlich der Regelfall — publizistischer Natur[3]). Der Grundsatz ne bis in idem hatte für die Römer auch im Zivilprozeß die Wirkung eines publizistischen Verbotsgesetzes. Die Einwendung der res iudicata war von Amtswegen zu berücksichtigen,[4]) unverzichtbar und privilegiert. Sie konnte und mußte auch noch nach Erlaß des Urteils berücksichtigt werden.

Dafür spricht u. E.: C. 7. 64. 1:

Datam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provo-

---

[1]) Vgl. Fischer l. c., S. 468, N. 1.

[2]) Vgl. Fischer l. c., S. 472.

[3]) Vgl. D. 36. 1. 67. 2: publice interest restitui propter rerum iudicatarum auctoritatem. Vgl. auch Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 139.

[4]) Ursprünglich wirkte die res iudicata nur im iudicium legitimum ipso iure, im iudicium imperio continens mußte sie nach einem Jahre durch exc. geltend gemacht werden. Nachdem unter den Kaisern alle Gerichte als legitim galten, wirkten alle Urteile absolut. Vgl. Bülow, Civ. A. 83, S. 33, 36. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 97. A. M. Pernice, Z. S. S. 19. S. 149 ff.

catum non est, lata sit. Cuius rei probationem, si promptam habetis, et citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit.

§ 30. 2) Die prozessuale Geltendmachung der privilegierten Einwendungen.

Die prozessuale Geltendmachung des Privilegiums war folgende: Das infolge Übergehung einer privilegierten Einwendung eintretende Zessieren der Rechtskraft macht das Urteil unwirksam, nichtig. In gewissen Fällen wird es sogar als ein Nichturteil, als „absolut juristisch unmöglich“[1]) angesehen. Der Beklagte braucht alsdann die Nichtigkeit des Urteils nicht in einem neuen Prozeß zu erweisen. So scheint bei Nichtberücksichtigung der Einwendung der Rechtskraft sowie der der entschuldigten Versäumnis das ergehende Urteil als Nichturteil zu gelten. In diesem Falle bedarf es keiner prozessualen Anfechtung; der Prätor hat sich s e l b s t amtlich über den Mangel der betreffenden Tatbestandsmerkmale zu orientieren und, falls er einen Mangel feststellt, die actio iudicati im Sinne von Executionsantrag nicht zuzulassen, die bereits begonnene Execution aber zu sistieren. Vergl. C. 7. 64. 1., D. 5. 1. 75.[2])

In den meisten Fällen aber mußten die privilegierten Einwendungen in einem neuen Prozeßverfahren geltend gemacht werden.

Über die Form dieses Verfahrens sagt uns D. 42. 1. 12. nur:

condemnato succuri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Der Prätor pflegt dem Beklagten zu H i l f e zu k o m m e n, damit der Gegner seine Klage ihm cediere.

D. 44. 4. 9; 24. 3. 17. 2; C. 1. 18. 1; D. 14. 6. 11 sprechen von exceptione oder defensionibus uti oder se tueri.

[1]) Vgl. Bülow l. c. S. 70, N. 76.

[2]) Vgl. Wenger, S. 241, N. 37. Bülow, l. c. auch bei den prinzipalen Verfahren tritt in geeigneten Fällen an Stelle der Einrückung einer exc. die denegatio actionis. Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 96.

Die Geltendmachung der pr. Einwendungen erfolgte also wohl durch Einrückung der exc. in eine neu zu erteilende formula.

Wir erfahren ferner aus D. 26. 7. 25, daß die Schuldner „provocantes" ihre exceptio geltend machen mußten. Es handelt sich wohl um eine Wiederaufnahme der Sache[1]); wahrscheinlich ist die provocatio mit der revocatio in duplum identisch (vgl. Bekker l. c.).

Eine einmalige „retractatio sententiae" auf Grund der pr. Einwendung der Collusion wird casuistisch zugelassen in D. 40. 16. 5. pr.:

Sententiam pro ingenuitate dictam et collusionis praetextu semel retractare permittitur.

Der Sinn dieses Ausdrucks ist:

iterum eadem causa tractatur. Vgl. D. 49. 14. 45. 8.

Berücksichtigt man noch eine spätere Stelle, C. 1. 19. 5: „si legitima retractatione resolvatur sententia", so kann man wohl annehmen:

Die retractatio sententiae ist ein Wiederaufnahmeverfahren, in welchem das alte nichtige Urteil durch ein neues gültiges ersetzt werden soll.

Man kann wohl die retractatio sententiae als eine revocatio ohne periculum dupli ansehen.[2])

Wahrscheinlich ist sie eine spätere Bildung.

Das neue iudicium, das der Prätor gewährte, enthielt, wenn vorher eine Freisprechung arglistig zu Stande gekommen war, gewissermaßen als privilegierte Einwendung gegen die Freisprechung die exceptio:

„si collusum est".

Vgl. D. 4. 3. 79.[3])

Wurde Collusion des Klägers vom Beklagten behauptet, so mußte wohl die Abwesenheit der Collusion, die Nicht-

[1]) So Becker, Aktionen II, S. 187, N. 44.

[2]) Vgl. Keller, S. 398, N. 983.

[3]) Vgl. hierzu Wendt, S. 318.

existenz der privilegierten Einwendung die Condemnation bedingen. Die Formel könnte etwa lauten:

S. p. N^{m} A^{o} HS X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse, si non collusum est (si in ea re nihil contra S. C. Mac. factum est etc.), in duplum (simplum) condemna, s. n. p. a.

War das beneficium competentiae in dem ersten Verfahren nicht beachtet worden, so konnte der Schuldner wohl die Beschränkung der condemnatio in dem neu zu gewährenden Verfahren fordern.[1]) Die neue formula besagte dann etwa:

S. p. N^{m} A^{o} H S X milia iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse, in quantum facere potest condemna, s. n. p. a.

Auch wenn der Schuldner nur Beschränkung der Condemnation forderte, mußte u. E. doch stets die Möglichkeit völliger Absolution, mit Rücksicht auf publizistische Gründe der Urteilsnichtigkeit, gegeben werden[2].)

Die Einwendung der Compensation kann, wie schon erwähnt, als privilegierte Einwendung u. E. nicht angesehen werden, da sie nach der sententia lata nicht mehr vorgebracht werden konnte, falls sie vorher entstanden war.

Entstand diese Einwendung erst nach der sententia, so konnte sie wohl, wie jeder andern actio gegenüber, so auch der actio iudicati gegenüber durch Benutzung der exceptio doli geltend gemacht werden.

Zur Zeit des Cognitionsverfahrens wurden die privilegierten Einwendungen wohl in einer querela geltend gemacht.

Auch diese querela hat man sich wohl als Wiederaufnahme des Verfahrens zu denken. Vgl. D. 5. 1. 76 mit der hier heranzuziehenden[3]) C. 1. 22. 4:

[1]) Vgl. Wenger, S. 48.

[2]) Die reconstruierten Formeln der actio iudicati erwähnen nur das Iudikat und den Mangel der solutio als Condemnationsbedingungen. Über die Stellung der pr. Einwendungen wird nichts vorgebracht.

[3]) Vgl. Wenger, S. 239, N. 34.

Etsi non cognitio, sed executio mandatur, de veritate precum inquiri potest, ut, si fraus intervenit, de omni negotio cognoscatur.

Daß die Nichtigkeit, die bewußt herbeigeführte Falschheit des Urteils mit einer Anklage wegen falsum oder dolus gegen den Gläubiger geltend gemacht wurde[1]), war wohl die Ausnahme; die Regel war wohl die Wiederaufrollung der Verhandlung. Vgl. hierzu die Behandlung der Collusion in D. 4. 3. 7. 9.

Für eine Wiederaufnahme des Verfahrens spricht auch C. 7. 4. 3. 3. Hier nimmt auch Wetzell (S. 787) an, daß es sich nicht um eine Criminalklage handelt, sondern um eine Wiederaufnahme des Verfahrens, um eine Nichtigkeitsklage gegen die infirma sententia.

Nach alledem erkennen wir, daß es irreführend ist, von privilegierten Einwendungen „in der Executionsinstanz" zu sprechen. Die privilegierten Einwendungen werden zum Zwecke einer Wiederaufnahme des Verfahrens vorgebracht. Dieses Verfahren kann an die Execution anknüpfen. Es kann aber auch unabhängig von der Execution durch revocatio eingeleitet werden. In jedem Falle ist der Streitgegenstand nicht die Execution, sondern der Executionstitel, der durch das Urteil festgestellte Anspruch.

---

[1]) Vgl. Wenger l. c. Wetzell, S. 787, N. 22. Die querella rei in D. 5. 1. 75. dürfte doch kaum eine Klage wegen dolus sein, es sei denn, daß es sich nicht um einen Streit über die Sache (res), sondern um eine Beschwerde des Beklagten (reus) handelt.

Teil V. Schluß.

§ 31. Vermutungen.

Fassen wir unsere Vermutungen über die wichtigsten Entwicklungslinien zusammen:

Im ältesten Recht faßt der Gläubiger nach vorheriger Erlaubnis des Prätors den Schuldner brüsk an und sagt:

Ich „lange" Dich mir wegen einer Geldschuld.

Dabei sendet er gewissermaßen einen bittenden Blick zum Prätor damit dieser sage: addico, ich stimme dem bei. Wird der Gläubiger durch depulsio, die später auch vom Schuldner ausgeübt werden kann, gestört, so hat er gegen den Störenden eine Criminalklage auf das doppelte der lis.

Im Formularprozeß bleibt von der manus iniectio nur der „bittende Blick des Gläubigers nach dem Prätor"; sie wird ersetzt durch die Bitte um Execution.

Nach Zulassung dieser Bitte und nach Erhebung des Antrages kommt es nicht mehr zu einer gewaltsamen Störung, sondern zu einer Rechtsverneinung, infitiatio, gestützt durch einseitiges Wettversprechen, sponsio dupli.[1]) Dementsprechend klagt der Gläubiger nicht mehr mit der Criminalklage wegen Körperverletzung (depulsio), sondern er klagt auf die bei unwahrer Verneinung eines objektiven Rechts der Iudicatsschuld fällige Wettsumme. Darin liegt implicite eine Wiederaufnahme der Verhandlung über die Iudicatsschuld. Die Grundlage des iudicium ist schließlich auch hier das klägerische Recht nicht die durch Bestreiten

[1]) Vgl. Schol. Bob. zu Cicero, pro Flacco c. 21. § 49: in duplum iret: sponsionem dupli faceret. Dazu Lenel E. P. S. 429 zu N. 7. Über das Alter der Scholia vgl. Teuffel, Geschichte der römischen Literatur, S. 720.

desselben begangene Rechtsverletzung.[1]) Die durch sponsio dupli gestützte infitiatio, mag sie innerhalb oder außerhalb des Executionsverfahrens vorgenommen werden, zwingt den Gläubiger zur Wiederaufnahme, da die rechtmäßige infitiatio den Prätor veranlaßt, sein imperium für das erste Urteil nicht einzusetzen. Nur in der Verdoppelung des Streitgegenstandes bestand ein pönales Moment. Doch gab es Fälle der actio iudicati und der revocatio (retractatio), in denen die Wiederaufnahme keine Creszenz des Streitgegenstandes herbeiführte.

Später im Cognitionsprozeß verzichtet man wohl auf das sponsionem facere, sowie auch allgemein auf die Verdoppelung des Streitgegenstandes. Auf Grund einer glaubhaften Infitiatio ordnete der Prätor ex officio ein neues iudicium an. Er ließ die querela, die „Beschwerde" zu, die wohl wie unsere heutige Beschwerde ihren criminalen Charakter verloren hatte und ein reines Wiederaufnahmeverfahren darstellte.

Auch bei Urteilen auf Sachleistung mag in dieser Weise eine retractatio in dieser Zeit statthaft gewesen sein. In der Literatur herrscht über letzteren Punkt völliges Schweigen.

Neben der querela welche auf neue Feststellung des objektiven Rechtsverhältnisses ging, gab es wohl auch eine querela im Sinne einer Criminalklage. Diese stand jetzt wohl dem Schuldner zu, der sich durch das Vorgehen des Gläubigers gekränkt fühlte.

Auch bei der Execution gegen den indenfensus kann der Schuldner durch Criminalklage gegen den Gläubiger die Nachteile der missio bekämpfen. Er kann aber auch durch Aufnahme des iudicium die Entscheidung über das objektive Rechtsverhältnis erzielen.

Das Urteil in der Criminalklage entscheidet wahrscheinlich nur darüber, ob die einzelne angefochtene Rechts-

[1]) Vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 69, 70. Im deutschen Recht ist das Dominieren des criminalen Gesichtspunkts aus dem Civilprozeß wohl nie verschwunden. Anders wohl im r. R. Vgl Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 69, N. 4.

verfolgungshandlung ein Gewaltakt sei oder nicht. Auch wenn ein materielles Recht besteht, kann aus formalen Gründen ein Gewaltakt vorliegen.

Dem gegenüber steht das Verfahren, in welchem das objektive Rechtsverhältnis festgestellt wird, herbeigeführt durch suscipere iudicium, in infitias ire und durch querela.

Hier wird — zum ersten, bezw. zum wiederholten Male — der gesamte Rechtsstoff erledigt.

Das Urteil entscheidet über das Bestehen oder Nichtbestehen des verfolgbaren Anspruchs.

Lebenslauf.

Am 9. Dezember 1884 wurde ich zu Posen geboren. Mein Vater hieß Paul Pulvermacher, meine Mutter heißt Regina Pulvermacher, geborene Schottländer. Ich bin jüdischer Preuße, wohne in Posen. Ich besuchte das Friedrich-Wilhelm-Gymnasium in Posen und bestand Ostern 1904 die Reifeprüfung. Im Sommer 1904 war ich als Eleve in der Königlichen Eisenbahnhauptwerkstätte in Posen tätig. Im Winter 1904 studierte ich auf der Technischen Hochschule in Charlottenburg Technik. Alsdann studierte ich Jura: 1 Semester in Freiburg, 1 Semester in Berlin, je 2 Semester in München und Breslau. Januar 1909 bestand ich in Breslau das Referendarexamen, Juli 1911 das Rigorosum, kurz vor dem Universitäts-Jubiläum.

Herrn Geheimrat Fischer sowie auch Herrn Professor Schott schulde ich für die bedeutenden und zahlreichen Anregungen, mit denen sie die Arbeit unterstützten, größten, ehrerbietigsten Dank.